

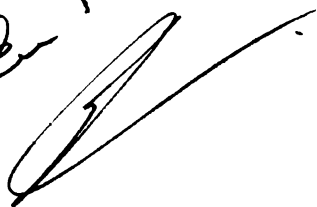
**JOSEANO MACIEL CORDEIRO**

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE  
JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito  
da Universidade Federal do Paraná, como  
requisito parcial para a obtenção do grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: **Professor Doutor Sérgio Cruz  
Arenhart**

De acordo.  
Em 16/10/07



**CURITIBA  
2007**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JOSEANO MACIEL CORDEIRO – GRR20032140.**

### **A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, perante a seguinte banca examinadora:

**Orientador:** Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart.

Departamento de Direito Civil e Processual Civil

Professor: Sérgio Cruz Arenhart

Professor: Alcides Alberto Munhoz da Cunha

Professor: Homero Marchesi

Curitiba, 07 de novembro de 2007.

### **AGRADECIMENTOS**

*A esta altura, há de fato muito que se agradecer. A Deus, por tudo. Ao grande professor e orientador Sérgio Cruz Arenhart, pelo brilhantismo e pela vibração das suas lições; aos meus pais, pelo apoio decisivo de sempre, mas principalmente, no início dessa caminhada; aos meus tios Fátima e Valdomiro, pela acolhida e pelo carinho.*

*Agradeço de forma especial àquela que me acompanhou, ao longo desses cinco anos, primeiramente como namorada, depois como noiva, e, finalmente, como esposa; aquela que enfim, acompanhar-me-á sempre, como a mulher da minha vida! Soeli, muito obrigado! Te amo.*

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>v</b>
<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>01</b>
<b>2 A TEMÁTICA DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS .....</b>	<b>03</b>
2.1 Aspectos favoráveis da tutela jurisdicional coletiva.....	09
2.2 Histórico no direito brasileiro.....	12
2.3 A ação civil pública como instrumento de tutela dos interesses transindividuais .....	19
2.4 Os direitos transindividuais e os direitos fundamentais .....	22
2.4.1 A busca de um conceito de direitos fundamentais.....	22
2.4.2 As perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais .....	25
2.4.3 A aproximação entre os direitos transindividuais e os direitos fundamentais .....	26
<b>3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....</b>	<b>28</b>
3.1 Os possíveis limites ao controle jurisdicional de políticas públicas .....	34
3.1.1 A ausência de legitimação democrática .....	35
3.1.2 A competência discricionária da administração pública .....	38
3.1.3 A questão da “reserva do possível” .....	41
3.2 A revisão da concepção da separação de poderes e a função política do Poder Judiciário no julgamento das ações coletivas.....	43
3.3 Alguns exemplos da jurisprudência brasileira sobre o controle jurisdicional de políticas públicas.....	46
<b>4 CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>55</b>

## RESUMO

O tema do controle jurisdicional de políticas públicas, principalmente através das ações coletivas, é permeado de controvérsias. Nesse trabalho procura-se abordar os fundamentos e os possíveis limites para essa atuação de certo modo atípica do Poder Judiciário. No desenvolvimento da pesquisa buscou-se relacionar três temas de capital importância: os direitos transindividuais, os direitos fundamentais e as políticas públicas. A partir da compreensão das inter-relações entre esses assuntos tentou-se demonstrar fundamentos favoráveis a um certo grau de sindicabilidade judicial das questões alusivas à implementação de políticas públicas. Além disso, foram abordados e, na medida do possível, refutados os principais argumentos defendidos pelos opositores dessa modalidade de controle, dentre eles, a ausência de legitimação democrática, a margem supostamente intocável de discricionariedade administrativa e a tese da “reserva do possível”.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho concentrar-se-á na problemática do controle jurisdicional das políticas públicas; mas especificamente, no controle exercido por intermédio da ação civil pública. O ponto de partida será o tratamento de aspectos relacionados à tutela dos interesses transindividuais. Esse assunto possui afinidade temática com os dois núcleos da monografia, quais sejam: a ação civil pública e as políticas públicas. Com o primeiro deles por se tratar justamente de um instrumento concebido para a proteção dessa modalidade de interesses; com o segundo, pelo fato de as questões relativas às políticas públicas repercutirem em planos que transcendem a esfera pessoal dos indivíduos por elas afetados, atingindo geralmente, questões afetas aos direitos fundamentais.<sup>1</sup>

O primeiro aspecto abordado será o surgimento da preocupação com a proteção dos direitos transindividuais, diante da emersão da relevância jurídica desses interesses e das vantagens da tutela jurisdicional coletiva. Fala-se em surgimento da preocupação e não dos interesses em si por razões que serão expostas ao longo do desenvolvimento do tema. Em seguida, procurar-se-á traçar as linhas gerais da evolução dos mecanismos de defesa dos interesses transindividuais no direito brasileiro, com ênfase à ação civil pública, da qual se abordará a estrutura e os seus principais aspectos.

Finalmente, no segundo capítulo, será feita a abordagem do controle jurisdicional das políticas públicas por meio do instrumento acima enunciado. O objetivo primordial desse tópico será o delineamento dos principais argumentos que sustentam a tese da viabilidade dessa espécie de controle, paralelamente, à análise dos fundamentos contrários a tal sindicabilidade. Todavia, adianta-se desde logo, que a partir das fontes

---

<sup>1</sup> Sobre as relações entre a temática das ações coletivas e a proteção aos direitos fundamentais confira-se o seguinte trecho extraído de uma das obras do Professor Luiz Guilherme Marinoni: “As “ações coletivas” – como podem ser chamados os modelos concebidos para a tutela dos direitos transindividuais – têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde etc.) e adequada proteção – inclusive contra os particulares (direito ambiental etc.)\_ mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil, volume 1: teoria geral do processo*. p. 110).

consultadas, a questão não se põe mais tanto sobre a possibilidade ou não do controle jurisdicional das políticas públicas; mas sim, sobre seus pressupostos e alcance. Isso se dá principalmente em razão de novas concepções teóricas<sup>2</sup> sobre temas que há muito eram tidos como dogmas do direito público, dentre eles destacam-se a tripartição de poderes e a faixa de competência discricionária da administração.

---

<sup>2</sup> No sentido de ser as ações coletivas, principalmente aquelas que versam sobre o controle de políticas públicas, mecanismos de participação popular na gestão dos interesses públicos e agentes de transformação de categorias tradicionais do direito, é a opinião de Rodolfo de Camargo Mancuso: “Se é verdade que labora em prol das ações coletivas o fato de que por elas se permite a integração da coletividade na boa gestão da coisa pública, assim atendendo ao ideal da democracia participativa, não é menos verdade que por essa ampla via passam a afluir ao Judiciário novos e instigantes questionamentos, de que é exemplo emblemático o contraste judicial sobre as políticas públicas, levando a uma releitura sobre posicionamentos antes assentados, que davam pela insindicação dos atos de governo, ou dos discricionários. Incidem ainda nesse quadro as questões da separação entre os Poderes e da real efetividade dos comandos judiciais nesse conflitos de largo espectro, onde vicejam conceitos jurídicos indeterminados ou de difícil concreção, como os de interesse público, da moralidade administrativa, do interesse cultural”. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas*. p. 18).

## 2 A TEMÁTICA DA TUTELA DOS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

As controvérsias acerca dos instrumentos e do alcance da tutela dos direitos transindividuais estão entre os temas mais palpitantes do direito. Embora essa temática não seja mais tão recente, ainda há muitos pontos controversos tanto na doutrina quanto na jurisprudência. O plano legislativo também oferece suas dificuldades. Além daquelas corriqueiras, como as divergências hermenêuticas, há nítidos retrocessos legislativos que prejudicam o avanço da construção de um sistema eficaz de proteção aos interesses transindividuais.

É conhecida e velha a assertiva de que os direitos se originam dos fatos. Não só os direitos individualmente concebidos e nem dos fatos isoladamente considerados. O direito, compreendido como um sistema orientado para a regulação das relações sociais, deve ser adequado às características e necessidades da sociedade a que se propõe regular. Assim sendo, pode-se deduzir que as transformações do direito ocorrem em vista de conformar o ordenamento jurídico às mudanças ocorridas na sociedade por ele regida.

Há pouco, afirmou-se que a preocupação com a tutela dos direitos transindividuais não é tão recente, o que, em sentido contrário, pode prenunciar que o assunto não é também tão antigo. Abandonando esses marcos temporais vagos, o que se quer dizer e procurar-se-á demonstrar daqui em diante, é o fato de que os esforços em se compreender e tutelar os direitos metaindividuais são posteriores a significativas transformações sociais que forneceram o substrato para a eclosão de incontáveis conflitos desse gênero de interesses.<sup>3</sup> Não se trata de uma interpretação mecanicista dos eventos

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, citando os estudos de Mauro Cappelletti, é a dicção de Alexandre Amaral Gavronski em artigo sobre a tutela coletiva: “Não se pode, por isso, dissociar o exame das inovações jurídicas e a tutela jurisdicional coletiva talvez seja a maior do nosso tempo da realidade social, dos fatos e valores que as ensejaram. Sob essa perspectiva, os estudos de Mauro Cappelletti, Doutor em Direito pela universidade de Florença, onde foi discípulo de Piero Calamandrei, e professor da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos, merecem especial destaque. Suas reflexões sobre as formações sociais e os interesses coletivos diante da justiça civil, apresentadas em 11.09.1975, em Florença, serviram de fonte sempre citada pelos doutrinadores brasileiros que se tornariam responsáveis pela difusão da idéia no Brasil: Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e



históricos, considerando tal fenômeno a partir de relações de causa e consequência, mas sim, de se procurar extrair de uma confluência de diversos agentes o crescimento significativo das demandas coletivas. Outro entendimento que deve ser evitado é o de que os interesses transindividuais surgiram a partir do marco histórico que se vai anunciar. Essa conclusão é falsa. Tais direitos têm origem muito antiga. O que é relativamente recente e associa-se às mudanças na sociedade as quais se fará alusão é a repercussão social desses interesses.

Pode-se afirmar que uma das principais causas para a emergência dos conflitos de natureza transindividual foi a massificação das relações sociais, o que acabou por originar a expressão “sociedade de massas”, utilizada para qualificar a sociedade atual.<sup>4</sup>

O marco histórico fundamental dessa verdadeira metamorfose social foi a revolução industrial. Iniciada na Inglaterra em meados do século XVIII,<sup>5</sup> e difundida, posteriormente, às demais nações européias. Quase que simultaneamente à instalação das fábricas com a nova dinâmica econômica, ocorreram radicais movimentos de urbanização e crescimento populacional, que acabaram por criar o ente ao qual se aludiu há pouco: a massa.

O vertiginoso crescimento das cidades não foi acompanhado por preocupações concernentes ao estado das moradias, saneamento e saúde de seus habitantes. Tão pouco

---

Waldemar Mariz de Oliveira e, pelo MP, Édis Milaré, Antonio Augusto de Mello Camargo Ferraz e Nelson Nery Júnior”. (GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coordenador: Édis Milaré. p. 18).

<sup>4</sup> Sérgio Cruz Arenhart bem demonstra as relações entre o surgimento de novas modalidades de direitos e as precedentes transformações sociais: “Foi dito anteriormente, que a evolução da sociedade caracteriza-se, em termos de relações jurídicas, por movimentos direcionados em dois sentidos: de um lado, por novos enfoques dados a direitos tradicionais e de outro, por novos direitos, surgidos exatamente em função das novas relações sociais estabelecidas no cenário atual. Muitos desses novos direitos ligam-se umbilicalmente com uma característica fundamental da sociedade moderna, que é a sua standardização. Com efeito, ninguém nega que o mundo globalizado conduz a que os interesses convirjam para os mesmos bens e fruições. Em uma sociedade de massa, como a atual, é comum ver que os mesmos problemas e conflitos vivenciados por um são compartilhados por outros, já que se vinculam todos a uma só origem, ou, o que é ainda mais típico, são interesses que não podem ser titulados exclusivamente por uma pessoa apenas, mas ao contrário, pertencem indistintamente a toda a comunidade”.(ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. p. 137)

<sup>5</sup>LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 36.

nas fábricas as condições de trabalho dos operários foram objeto de cuidados. As deficiências nesses setores, tão sensíveis à vida humana, geraram conflitos de amplitude capaz de transcender a esfera particular dos indivíduos afetados. As mazelas urbanas e aquelas relacionadas às condições de trabalho não podiam mais ser tomadas em face aos direitos individuais. Os interesses lesados passaram a ser, verdadeiramente, dos habitantes de uma cidade, de um grupo de trabalhadores, enfim, das massas.

A concentração de interesses em pólos distintos do indivíduo levou à superação de uma das dicotomias típicas do estado liberal clássico: aquela existente entre o estado e os indivíduos; estes portadores dos direitos individuais, e aquele, representante máximo dos interesses públicos. No contexto da sociedade massificada, surge entre esses dois vértices, aquilo que a doutrina passou a denominar de corpos intermediários.<sup>6</sup>

A percepção dessa realidade muito mais complexa, não apenas dividida entre os limites do público e do privado, mas permeada por uma vasta gama de interesses difusos é bastante clara para Mauro Cappelletti, que afirmou existir entre aquelas duas esferas um “verdadeiro abismo”.<sup>7</sup>

Conforme já dito anteriormente, defende-se aqui a concepção de que as condições da realidade social repercutem com vigor sobre a ordem jurídica e, assim, acabam por refletir também na própria estrutura do estado. A pressão originada dos conflitos inerentes à sociedade de massas, então emergente, causou mudanças na organização estatal e levou à positivação de novos direitos humanos, fazendo com que a doutrina os dividisse em gerações.

Sobre o assunto duas considerações devem ser feitas: a primeira delas é a de que o estudo das gerações dos direitos humanos pode fornecer um caminho útil para a

---

<sup>6</sup> Pedro Lenza expressa essa realidade nos seguintes termos: “Nesse cenário dramático, eclode, então, ocupando a posição de novos atores sociais da sociedade industrial, a massa, o grupo, destacando-se os corpos intermediários. Supera-se assim, a dicotomia estanque existente entre o estado de um lado e os indivíduos de outro, quando era dada ênfase a este último, definido como o protagonista do liberalismo clássico”. (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 38).

<sup>7</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. p. 128-129.

compreensão do paulatino desdobramento dos direitos transindividuais; a segunda delas é a de que a passagem de uma geração para a outra não significa a perda da relevância ou a satisfação plena dos direitos da geração anterior.<sup>8</sup>

É importante lembrar também, conforme alerta Alexandre Gavronski,<sup>9</sup> que a positivação dos novos direitos humanos exigiu uma nova postura do direito processual civil, construído, na perspectiva clássica, para solucionar conflitos individuais. Pois, conforme lição comumente repetida, de nada adianta declarar direitos sem que haja instrumentos processuais aptos a garantir-lhes proteção efetiva no âmbito jurisdicional.<sup>10</sup>

A primeira geração de direitos humanos à qual a doutrina faz alusão corresponde às liberdades civis e políticas, fundadas sobre o prisma da igualdade meramente formal.<sup>11</sup> Na síntese formulada por Pedro Lenza,<sup>12</sup> os direitos dessa época, situada nos séculos XVII e XVIII, têm como valor principal a liberdade, como ator o indivíduo, sendo a feição do estado de direito, a liberal. O poder judiciário apresenta-se como o frio protetor dos direitos individuais, com ênfase à tutela da propriedade. Esse período corresponde ao início da formação do direito processual como ramo cientificamente autônomo em face

---

<sup>8</sup> Nesse sentido é a observação tecida por Pedro Lenza: “Cada geração surge, então, para descrever as circunstâncias peculiares aos momentos históricos respectivos. Quando a ênfase muda de objeto, não significa que as outras necessidades desapareceram. Todos os aspectos poderão ser sempre percebidos e analisados. Acontece que em alguns momentos da história, a evidenciação ou revelação converge-se determinado ponto”. (LENZA, Pedro. *Teoria Geral da ação civil pública*. p. 34-35).

<sup>9</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. p. 26.

<sup>10</sup> Sobre a necessidade de adequação do ordenamento processual, assim se manifesta Sérgio Cruz Arenhart: “É nesse sentido, conjugando ambas as expressões das novas preocupações de uma sociedade pensada não mais de forma atômica, mas molecular, que se alude aos interesses e aos conflitos de massa. Para lidar com esses conflitos, evidentemente, é preciso alterar toda a sistemática de tutelas, permitindo que a sociedade, e não mais o indivíduo, proteja seus interesses. Mostra-se necessário, pois, ao lado de uma mudança de postura da sociedade civil, prover mecanismos de proteção que sejam adequados a tais interesses e às novas situações processuais daí criadas” (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfil da tutela inibitória coletiva*. p. 138-139).

<sup>11</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. p. 26-27.

<sup>12</sup> LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 32-33.

do direito material.

A postura predominante do estado perante os direitos de primeira geração é moldada pela abstenção. Todavia, os reflexos da revolução industrial, à qual já se fez alusão, propiciaram o surgimento da ideologia socialista em contraposição à exploração proletária pelos detentores do capital. A união dos trabalhadores em organismos sindicais e partidários deu-lhes força política capaz de colocar suas principais reivindicações nas pautas jurídicas. Os marcos mais significativos foram a Constituição de Weimer de 1919 e o Tratado de Versalhes (1919). Em termos práticos, o que se verificou a partir do final do século XIX até meados do século XX, foi uma significativa ampliação de dispositivos legais tendentes a assegurar direitos trabalhistas, de seguridade social, a melhorias nos sistemas públicos de saúde e educação, formando nos países capitalistas, o chamado estado de bem estar social (*welfare state*). Essa é, em linha gerais, a estrutura da segunda geração de direitos humanos, que na feliz síntese de Pedro Lenza,<sup>13</sup> corresponde aos direitos sociais, culturais e econômicos, tendo como valor fundante a igualdade, como ator principal o grupo e como concepção de estado de direito, a social.<sup>14</sup> Em face dessa categoria de direitos o estado abandona sua postura estática para assumir um caráter prestacionista.

Ao contrário dos direitos de primeira geração, já há aqui uma apreensão coletiva dos fenômenos sociais e jurídicos, porém, ainda restrita, que sofrerá sensível ampliação nos chamados direitos de terceira geração. Estes são caracterizados justamente pela

---

<sup>13</sup> LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 32-33.

<sup>14</sup> Sintetizando as noções de estado liberal e social, Oswaldo Luiz Palu aduz que: “Estado Social significa a tentativa de adaptação do Estado tradicional (dito “liberal-burguês) às novas condições – e demandas – da sociedade industrial e pós-industrial. Como se sabe, o Estado Liberal era uma organização racional, orientada para certos objetivos e valores e dotada de estrutura vertical e hierárquica. Tal racionalização se expressava em leis abstratas e gerais, divisão de poderes para garantia da liberdade e uma organização burocrática da Administração. Pretendia garantir a liberdade, a segurança, a propriedade etc. Se a sociedade era racional, não era necessário muito mais que um “tomar conta” a distância por parte do Estado. O “Estado Social”, ao contrário, parte da idéia de que a sociedade não pode ser deixada a seus mecanismos de auto-regulação, o que levaria à irracionalidade e à injustiça; a ação do Estado, ação positiva, torna-se então imprescindível para a correção dos desvios existentes no meio social. O Estado deveria estruturar a ordem social”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 59).

acentuada transindividualidade, decorrente do incremento das relações econômicas na sociedade globalizada e da comunhão de interesses que os caracterizam. Como exemplo mais característico dessa modalidade costuma-se citar o direito ao meio ambiente equilibrado.

Diante desse panorama mostra-se bastante oportuna a observação do já várias vezes citado Alexandre Amaral Gavronski,<sup>15</sup> no sentido de que o reconhecimento dos direitos de segunda e terceira gerações ocorreu após a construção da perspectiva clássica do direito processual civil, preocupada primordialmente com a pureza conceitual e com a demonstração da sua autonomia científica, sendo, por assim dizer, natural, que o processo de então não dispusesse de mecanismos adequados para a tutela dos direitos alheios à esfera individual.

Em face dessas deficiências do processo civil clássico e das insatisfações delas decorrentes, os processualistas viram-se obrigados a construir mecanismos aptos a tutelar os interesses transindividuais.

Os esforços doutrinários e legislativos nesse sentido fizeram-se presentes na grande maioria dos países da comunidade internacional,<sup>16</sup> dentre eles, e até mesmo com grande destaque: o Brasil. A extensão do presente trabalho não comporta uma análise da evolução do tema no direito comparado, sendo que os aspectos históricos sobre o assunto no direito nacional serão analisados no tópico seguinte.

Um dos pontos sobre os direitos transindividuais que se pretende evidenciar é o seu aspecto político, muito bem delineado por Ada Pelegrini Grinover,<sup>17</sup> ao demonstrar que a ampla repercussão das questões envolvendo demandas coletivas envolve, na solução dos litígios, escolhas de natureza política, sendo comum conflitos entre interesses

---

<sup>15</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. p. 27.

<sup>16</sup> Sobre a proteção dos direitos transindividuais no ordenamento de diversos países, confira-se: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>17</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. *A problemática dos interesses difusos*. In: *Repro*, n 14-15, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril-setembro, 1979.

igualmente relevantes.

Dessa circunstância advém uma das características que torna mais difícil a tutela dos interesses metaindividuais: a alta conflituosidade que permeia a categoria.<sup>18</sup> Esse atributo se evidencia com maior intensidade em face dos interesses difusos, pois diante da indeterminabilidade dos titulares dos interesses assim definidos, a lide ganha um novo sentido. A insatisfação do direito não tem causa em uma pretensão resistida por um outro indivíduo, mais sim, em uma decisão política em sentido contrário à tutela plena do interesse em questão. A partir dessa constatação, pode-se adiantar algo que será mais bem desenvolvido adiante: a idéia de que a tutela jurisdicional dos interesses transindividuais implica, comumente, no controle de decisões políticas por parte do Poder Judiciário.

## **2.1 Aspectos favoráveis da tutela jurisdicional coletiva**

Diante da relevância e da necessidade de se tutelar de modo adequado os direitos transindividuais, não foi difícil para a doutrina descobrir as vantagens oriundas da proteção jurisdicional em nível molecular. Não se trata de mera propaganda. Àqueles realmente comprometidos com a efetividade do direito processual, enunciar os aspectos benéficos dessa modalidade de tratamento representa um estímulo, tanto ao legislador, para que procure criar instrumentos legais aptos, como aos demais indivíduos diretamente envolvidos com a aplicação do direito, para que sejam sensíveis à realidade do direito material e procurem extrair da técnica processual o máximo de resultados.

Uma síntese bem elaborada dos pontos favoráveis à tutela jurisdicional coletiva é oferecida por Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. O autor enumera os seguintes

---

<sup>18</sup> Confira-se as assertivas de Pedro Lenza: “Quando se analisam os interesses difusos, marcados pela transcendência e indeterminação de seus titulares, tendo por objeto um bem indivisível e indisponível, os conflitos de massa deles decorrentes não se coadunam com a clássica descrição da fórmula “Tício X Caio”. Havendo conflito de interesses difusos, a escolha de um implicará, necessariamente, o preterimento de outro, não se podendo dizer que uma escolha é certa ou errada. As posições, por mais contrastantes que sejam, devem conviver e, no entrelhecho de valores, serão as escolhas políticas que orientarão a preponderância de um interesse difuso sobre o outro”. (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 91).

tópicos, que serão resumidos na seqüência: as ações coletivas como mecanismo de acesso à justiça; as ações coletivas como medida de economia processual; as ações coletivas como efetivadoras do princípio da igualdade, na medida em que evitam a proliferação de decisões contraditórias; e finalmente, as ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo.<sup>19</sup>

No que concerne à viabilização da garantia do acesso à justiça através das ações coletivas, o autor observa que nessas modalidades de ações há, comumente, a aglutinação de direitos que isoladamente considerados não seriam levados à apreciação do poder judiciário, quer seja pela pouca expressividade econômica em face dos custos da demanda; quer seja pela deficiência financeira ou cultural do respectivo titular. Diante desses casos, instaura-se um verdadeiro desprezo pelas normas de direito material, com risco para a própria legitimidade do estado.<sup>20</sup>

Tais barreiras trariam benefícios ilegítimos aos entes causadores das lesões aos interesses em tela, já que em função das dificuldades antes elencadas, eventuais condenações em ações individuais seriam praticamente irrelevantes diante do montante ganho pelo réu nos casos em que o indivíduo lesado não agiu diante do ilícito.

Quanto à possibilidade de se assegurar a implementação dos princípios da economia processual e judicial através do aperfeiçoamento do processo coletivo, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes observa que a proliferação das demandas cíveis deixou de ser uma tendência para se transformar em realidade na maioria dos sistemas judiciários, havendo estudos estatísticos que comprovam um elevado índice de processos com

---

<sup>19</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 27.

<sup>20</sup> Sobre a relação entre a adequada tutela dos direitos e a legitimidade do Estado, decorrente do cumprimento das suas finalidades, confira-se, mais uma vez, as assertivas do professor Sérgio Cruz Arenhart: “Quando se pensa em efetividade do processo, tem-se em vista exatamente essa reaproximação da atuação jurisdicional do Estado aos anseios do corpo social. Obviamente, esse movimento não tem em mente unicamente atender aos desejos do jurisdicionado, no sentido de obter uma resposta mais adequada aos interesses que o Estado lhe garante; ao contrário, busca-se essa efetividade no intuito de atender, primeiramente, aos fins do próprio Estado, já que é condição para sua existência a sua utilidade, o que somente se obtém, no plano da jurisdição, com a adequada proteção aos interesses tutelados pelo direito objetivo estatal”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. p. 22).

conteúdos repetidos. Essa circunstância estaria tomando a atividade judicante excessivamente burocrática, com a repetição de sentenças pré-formatadas.

O investimento em mecanismos de tutela coletiva seria um importante caminho para desafogar o judiciário, recuperando a função criativa da jurisdição. Sob a ótica do autor citado, essa solução seria particularmente interessante para os países subdesenvolvidos, na medida em que a melhoria da prestação jurisdicional seria obtida sem que necessariamente houvesse um aumento do número de juízes, com as despesas daí decorrentes.

Outra situação perniciosa para o próprio prestígio dos órgãos judiciais, passível de ser amenizada pelas ações coletivas, seria a proliferação de decisões contraditórias, agressoras, de forma evidente, do princípio da isonomia. A multiplicação de processos individuais com objetos idênticos faz com que cidadãos em situações análogas recebam tratamentos radicalmente díspares.<sup>21</sup>

E por fim, o autor ao qual se fez alusão atribui às ações coletivas a aptidão para assegurar a igualdade entre as partes no processo, tendo em conta que comumente, quando considerada cada demanda isoladamente, acaba por se evidenciar uma disparidade fática entre os litigantes. A polarização dos interesses lesados por um autor coletivo teria o condão de equilibrar o conflito.

Os pontos aqui abordados não esgotam as possibilidades da tutela jurisdicional coletiva. Trata-se simplesmente de um recorte temático sobre o assunto. Também há que se refutar as teses que consideram as ações coletivas como a panacéia para todos os males. Posturas nesse sentido contribuem para a banalização e o enfraquecimento desses importantes instrumentos.

Feitas essas ponderações, passa-se ao exame do desenvolvimento histórico do

---

<sup>21</sup> Pela clareza da exposição, mostra-se oportuna a transcrição das observações do autor em estudo sobre o tema: “Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão-somente da relação processual. O direito processual passa ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia”. (MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 37).



**sistema** de proteção dos direitos transindividuais no direito brasileiro.

## **2.2 Histórico no direito brasileiro**

O Brasil possui um sistema bastante estruturado de proteção aos direitos transindividuais. Embora, conforme já dito, tenham ocorrido alguns retrocessos na legislação, há no país diversos instrumentos para a tutela desses interesses. Tais mecanismos foram inseridos no direito brasileiro, predominantemente, pela via legislativa, diferente do que ocorreu, por exemplo, nos Estados Unidos, onde existe um forte aparato jurisdicional voltado para a solução de demandas coletivas, construído pela própria jurisprudência. Essa característica, segundo Sérgio Cruz Arenhart,<sup>22</sup> explica o porquê da resistência e da timidez por parte do Poder Judiciário na aplicação dos institutos criados para esse fim.

Inicialmente, a partir de meados do século XX, surgiram algumas leis esparsas que previam a possibilidade de que algumas entidades, agindo em nome próprio, pleiteassem, em juízo, direitos coletivos ou individuais de pessoas de alguma forma a elas vinculadas. Tratava-se, na maior parte dos casos, do típico fenômeno da substituição processual, previsto no artigo 6º do Código de Processo Civil de 1973, segundo o qual *“Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”*.

Dentre os exemplos que podem ser apontados, a doutrina<sup>23</sup> destaca a Lei n.º 1.134/50, cujo artigo 1º dispõe que *“as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a*

---

<sup>22</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. p. 151.

<sup>23</sup> Nesse sentido: DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. p. 36; LENZA, Pedro. *Teoria Geral da Ação Civil Pública*. p. 151.

*representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”.*

Outra lei mencionada no sentido de se comprovar o que foi dito acima é o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n.º 4.215/63, revogada pela Lei 8.906/64, a qual, em seu artigo 1º, dispunha que *“cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão”*.<sup>24</sup>

Ainda com intuito exemplificativo, Pedro Lenza<sup>25</sup> cita a Lei n.º 6.708/79, voltada para a disciplina da atividade sindical, em cujo artigo 3º, § 2º, estabelece ser *“...facultado aos Sindicatos, independentemente da outorga de poderes dos integrantes da respectiva categoria profissional, apresentar reclamação na qualidade de substituto processual de seus associados, com o objetivo de assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos na forma do artigo anterior”*.

Todavia, de acordo com o que é apontado pela doutrina,<sup>26</sup> o primeiro instrumento efetivamente voltado para a tutela dos interesses transindividuais no direito brasileiro, foi a ação popular, prevista inicialmente na Constituição de 1934, suprimida na Constituição autoritária de 1937, reintroduzida no texto de 1946, permanecendo nos textos constitucionais posteriores. Apesar de sua existência já na Carta de 1934, esse instituto adquiriu verdadeira relevância apenas com a sua regulamentação legal através da Lei n.º 4.717/65, pois de acordo com Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, a Lei trouxe um conceito mais amplo de patrimônio, compreendendo os bens e direitos de valor

---

<sup>24</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 191.

<sup>25</sup> LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 151-152.

<sup>26</sup> Nesse sentido, as lições dos professores Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: “O primeiro diploma concebido no direito nacional, especificamente para a tutela dos interesses da coletividade, foi a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), editada para a proteção do patrimônio público”. (MARINONI, Luiz Guilherme/ ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 722).

econômico, artístico, estético ou histórico, ampliando, assim, o alcance da ação popular.<sup>27</sup>

Em razão de sua abrangência, a Ação Popular pode ser de fato considerada o marco fundamental da proteção jurisdicional dos interesses transindividuais no direito nacional. Sérgio Cruz Arenhart,<sup>28</sup> em obra individual, também defende essa tese, reconhecendo a importância dessa ação tanto pela sua precedência histórica como pela sua reconhecida qualidade de instrumento de democracia direta, na medida em que dá ao cidadão a legitimidade para defender em juízo o patrimônio público. Entretanto, o mesmo autor aponta um dos traços mais característicos da Ação Popular, a legitimidade exclusiva do cidadão, como um dos maiores empecilhos a sua eficácia. As razões dessa conclusão estariam nas limitações econômicas, judiciárias e na própria ausência de interesse por parte do cidadão, que não se vê estimulado a demandar sabendo que não terá um benefício direto com o resultado favorável do processo.

Além da Ação Popular, é citada<sup>29</sup> como portadora de meios para proteção de direitos difusos, a Lei n.º 6.938/81, que dispôs sobre a Política Nacional de Meio Ambiente. Esse diploma legislativo atribuiu legitimidade ao Ministério Público da União e dos Estados para propor a ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente. Todavia, nessa lei predominam aspectos materiais, sendo apenas referidas as ações acima enunciadas, sem maiores especificações.

A aprovação das leis as quais se fez referência demonstra que havia por parte dos juristas brasileiros a preocupação com o tema das tutelas coletivas. Porém, os meios dispostos até então eram de amplitude limitada ou, no caso da Ação Popular, não apresentavam os resultados que a realidade deles exigia.

Na tentativa de dotar o ordenamento jurídico nacional de um meio genérico e eficaz de proteção dos interesses transindividuais, formou-se, após o encerramento de um

---

<sup>27</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 192.

<sup>28</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. p. 152.

<sup>29</sup> LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 153.

seminário sobre o tema em 1982, uma comissão de juristas decididos a elaborar um anteprojeto de lei voltado para as tutelas coletivas. Integraram a comissão Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior.

O anteprojeto foi apresentado no I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, no ano de 1983. No evento, serviu como relator, tendo também apresentado significativas sugestões de aperfeiçoamento do anteprojeto, o jurista José Carlos Barbosa Moreira. Após ser aprovado por aclamação, com manifestações favoráveis de Galeno Lacerda, Ovídio Baptista da Silva e Calmon de Passos, o texto foi encaminhado ao Deputado Federal Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, que o apresentou na Câmara dos Deputados, onde passou a tramitar como o Projeto de Lei n.º 3.034/84.<sup>30</sup>

Logo após o encaminhamento, ao Deputado Bierrebach, do anteprojeto da comissão liderada pela professora Ada Pellegrini Grinover, ocorreu em São Lourenço, Minas Gerais, ainda no ano de 1983, o XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo. No evento, o anteprojeto apresentado foi objeto de discussão e recebeu algumas sugestões para melhorá-lo. As conclusões foram documentadas em uma tese intitulada como “Ação Civil Pública”, da autoria dos Promotores de Justiça Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior.

O referido trabalho foi aprovado pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público. Logo em seguida, encaminhado para o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel e apresentado, à Câmara dos Deputados, como projeto de Lei n.º 4.984/85, pelo então Presidente da República João Figueiredo.

Este segundo projeto de lei teve um andamento mais célere e foi aprovado, com alguns vetos do Presidente José Sarney, convertendo-se na Lei n.º 7.347/85, que disciplinou o exercício da Ação Civil Pública.

Subsequentemente, outras leis voltadas para a proteção de interesses difusos ou

---

<sup>30</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 193-195; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 157.

coletivos foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre elas pode-se citar a Lei n.º 7.913/89, prevendo a ação civil pública para a reparação de danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; a Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, que de artigos 208 ao 224, dispõe sobre a proteção judicial de interesses individuais, difusos e coletivos das crianças e adolescentes; a Lei n.º 8.429/92, que prevê uma ação de responsabilização contra a improbidade administrativa; a Lei n.º 8.884/94, voltada para a proteção contra o abuso do poder econômico; e mais recentemente, dentre outras mais ainda, as Leis n.º 10.257/2001 e a n.º 10.741/2003, direcionadas, respectivamente, para a proteção da ordem urbanística e dos direitos das pessoas idosas.

Porém, sem desmerecer a relevância de qualquer uma das leis antes mencionadas, pode-se afirmar que o diploma legal mais importante para a proteção dos interesses transindividuais no direito brasileiro, aprovado após a edição da Lei da Ação Civil Pública, foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90). Entre esta última e a Lei n.º 7.347/85 há uma inter-relação instaurada a partir dos artigos 90 do CDC e 21 da LACP, inserido pelo artigo 117 do CDC. Aquele determina que sejam aplicadas às ações ajuizadas com base no Código de Defesa do Consumidor, no que não lhe for contrário, os dispositivos da Lei n.º 7.347/85 e do Código de Processo Civil; este, por sua vez, dispõe sobre a aplicação, na regulação da Ação Civil Pública, dos preceitos constantes do título III da Lei n.º 8.078/90.

Ambas as leis, formam portanto, um verdadeiro sistema de proteção dos direitos transindividuais em caráter genérico, na medida em que o inciso IV, do artigo 1º, da Lei n.º 7.347/85, acrescentado pelo Código de Defesa do Consumidor, prevê o cabimento da Ação Civil Pública para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, além daqueles exemplificativamente enumerados.

O Código de Defesa do Consumidor representou um avanço em termos de tutela jurisdicional coletiva, não somente pela inovação em aspectos processuais, mas também pela sistematização conceitual dos interesses transindividuais. Ainda que tenham persistido uma série de impasses, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre o

enquadramento de certos interesses na classificação trazida pelo Código, os parâmetros legais contribuíram para uma compreensão mais clara das diversas espécies de direitos.

Os incisos I, II e III, do parágrafo único, do artigo 81 do CDC, definem, respectivamente, o que são direitos difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos. De acordo com o Código, os direitos ou interesses difusos seriam os “*transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”; os direitos ou interesses coletivos, comumente designados pela doutrina,<sup>31</sup> com o intuito de evitar confusões com o gênero, de direitos coletivos *stricto sensu*, seriam os “*transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base*”; finalmente, há a definição dos direitos individuais homogêneos como os “*decorrentes de origem comum*”.

Com relação ao esquema trazido pelo Código, considerando-se a extensão deste trabalho e a finalidade de contextualização histórica deste tópico, pode-se lançar tão somente, uma segunda classificação feita pelos autores que se dedicam ao tema: a distinção entre os direitos essencialmente coletivos, aqueles efetivamente transindividuais, e os acidentalmente coletivos, em que na realidade, ocorre a defesa coletiva de direitos individuais.<sup>32</sup>

Na primeira categoria, em função da indivisibilidade do objeto, incluem-se tanto os direitos difusos como os coletivos, que se distinguem pela indeterminação dos titulares da primeira espécie. A segunda é formada pelos direitos individuais homogêneos, em que há plena divisibilidade do objeto e atribuição individual dos sujeitos titulares do respectivo direito. A tutela coletiva nesse caso é adequada graças à confluência de uma

---

<sup>31</sup> Assim: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. p. 155.

<sup>32</sup> Conferir: ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. p. 155-157; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: Repro n.º 39. p. 53-77; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 99-110; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. p. 209-220; ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2º. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

série de vantagens do ponto de vista político, jurídico e social, às quais já se fez referência no item anterior, dentre elas, se destacando a otimização da prestação jurisdicional e a uniformidade de tratamento para os cidadãos em circunstâncias fáticas semelhantes.

Para que essa introdução histórica não forneça uma visão distorcida, no sentido de que tenha ocorrido no Brasil um avanço linear e contínuo do reconhecimento e da proteção jurisdicional dos interesses transindividuais, faz-se necessário abordar, ainda que de modo sucinto, alguns retrocessos legislativos surgidos nesse campo.

As involuções partiram do Poder Executivo, que as introduziu por intermédio de Medidas Provisórias. Dois objetivos emergem como evidentes nas interferências realizadas: a tentativa de limitar a abrangência da coisa julgada e a criação de limites subjetivos e de admissibilidade para ações coletivas voltadas para a tutela de direitos individuais homogêneos. Ada Pellegrini Grinover sintetizou muito bem os argumentos contrários às modificações levadas a efeito pelo executivo, chegando a afirmar que esse poder estaria seguindo na “contramão da história”.<sup>33</sup>

As duas Medidas Provisórias que mais profundamente atacaram a Lei da Ação Civil Pública foram a n.º 1.570, posteriormente convertida na Lei n.º 9.494/97, que alterou o artigo 16 da Lei n.º 7.347/85, procurando limitar os efeitos da coisa julgada *erga omnes* aos limites da competência territorial do órgão julgador e a Medida Provisória 2.180-35 (até o momento não apreciada pelo Congresso Nacional, mas ainda em vigor devido ao disposto no artigo 2º da Emenda Constitucional n.º 35/2001), que limitou os beneficiados pela procedência de ação coletiva, proposta por entidade associativa, apenas àqueles que tivessem domicílio no âmbito da competência territorial

---

<sup>33</sup> Criticando, em linhas gerais, a orientação seguida pelo Executivo, essas são as observações da professora Ada Pellegrini Grinover: “Limitar a abrangência da coisa julgada nas ações civis públicas significa multiplicar demandas, o que, de um lado, contraria toda a filosofia dos processos coletivos, destinados justamente a resolver molecularmente os conflitos de interesses, ao invés de atomizá-los e pulverizá-los; e, de outro lado, contribui para a multiplicação de processos, a sobrecarregarem os tribunais, exigindo múltiplas respostas jurisdicionais quando uma só poderia ser suficiente. No momento em que o sistema brasileiro busca saída até nos precedentes vinculantes, o menos que se pode dizer do esforço redutivo do Executivo é que vai na contramão da história”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. In: Repro n. 96. p. 28-36).

do órgão prolator, no momento da propositura da ação.

Não se adentrará no mérito das inovações mencionadas por fugirem tais aspectos ao eixo central desse trabalho. No entanto, pode-se concluir, com amparo em vasta doutrina,<sup>34</sup> que tais medidas são inócuas juridicamente por fazerem confusão entre conceitos distintos, como por exemplo, aqueles de jurisdição, competência e coisa julgada. Além disso, em função da simbiose existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, as modificações atinentes à coisa julgada insertas tão somente na Lei n.º 7.347/85 não possuem a eficácia de alterar o regime da coisa julgada como está previsto no CDC. Como se não bastasse, os dispositivos atacados são inconstitucionais em razão de se apresentarem como retrocessos em termos de proteção a direitos fundamentais, dentre eles, principalmente o direito de acesso à tutela jurisdicional efetiva.

### **2.3 A ação civil pública como instrumento de tutela dos interesses transindividuais**

Feita a devida contextualização histórica da proteção dos interesses transindividuais no direito brasileiro, chega-se ao momento de abordar os traços gerais da ação civil pública. Conforme relatado no tópico anterior a ação civil pública ganhou contorno específico a partir da Lei n.º 7.347/85 e, posteriormente, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, adquiriu foro constitucional, na medida em que conforme disposição do artigo 129, inciso III, da mencionada Carta, “*São funções institucionais do Ministério Público (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros*

---

<sup>34</sup> Para o aprofundamento dos argumentos expostos confira-se: GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. p. 29; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. p. 30-35; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. p. 198; MARINONI, Luiz Guilherme/ ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. p. 749.



*interesses difusos e coletivos”.*

Trata-se fundamentalmente de uma ação de natureza civil que pode ser proposta pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, pela Defensoria Pública (conforme alteração introduzida pela Lei n.º 11.448/2007) e por associações legalmente constituídas a pelo menos um ano e que incluam entre as suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

A enumeração taxativa dos bens tuteláveis através da ação civil pública perdeu sentido com a inserção do inciso V ao artigo 1º da Lei n.º 7.347/85, pelo artigo 110 do Código de Defesa do Consumidor, que estendeu a proteção a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Ressalta-se, todavia, que no texto originário aprovado pelo Congresso já havia disposição expressa nesse sentido, a qual foi vetada pelo então Presidente da República José Sarney.

Diante da esfera temática sobre a qual se debruça o presente trabalho, o aspecto mais relevante a ser neste tópico abordado é a questão referente aos objetos possíveis para a ação civil pública. Mais precisamente, partindo-se da distinção clássica na doutrina processual civil entre pedido mediato e imediato, em que aquele abrange o bem da vida almejado, e este o tipo de tutela jurisdicional pleiteado, a ênfase será dada ao segundo aspecto mencionado, qual seja: nas espécies de provimentos jurisdicionais possíveis de serem concedidos por intermédio da ação civil pública.

A análise do artigo 3º da Lei n.º 7.347/85, cujo texto dispõe que “*a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer*” demonstra claramente que essa ação não se limita ao oferecimento da tutela ressarcitória, possibilitando a chamada tutela específica sob suas diversas modalidades. Esse aspecto é fundamental para sua efetividade na medida em que, de um modo geral, os interesses por ela visados não se coadunam com a mera reparação pecuniária.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Nesse sentido assevera Rodolfo de Camargo Mancuso: “Considerando-se o desiderato

Uma das linhas seguidas pelas reformas processuais dos últimos anos é a de justamente priorizar os meios de tutela jurisdicional específica. No que concerne às ações coletivas essa realidade não é diferente, sendo até mesmo mais sensível diante das peculiaridades dos objetos mediatos que envolvem essas demandas.

O predomínio da tutela ressarcitória foi, até pouco tempo, herança do estado liberal, modelo, em que conforme já dito, caracterizava-se pelo absenteísmo e pela exaltação da autonomia da vontade. À luz dessa concepção de estado e de direito, a intervenção sobre a conduta do indivíduo representaria uma violação da sua liberdade e dignidade.<sup>36</sup> Porém, as alterações ocorridas na organização da sociedade, com o surgimento dos “novos direitos” impuseram ao Estado uma nova conformação, com uma postura mais ativa e intervencionista.

No plano jurisdicional essa nova conformação manifesta-se, dentre outras formas, através da tutela jurisdicional específica, ainda que seja necessário impor medidas coercitivas sobre a vontade dos indivíduos\_ algo que se mostra possível no direito brasileiro a partir do que dispõe os artigos 461 do CPC e 84 do CDC.

A tutela específica prestada através de comandos coercitivos partidos dos órgãos

---

perseguido na ação civil pública, a partir do seu preâmbulo\_ responsabilidade por danos causados ao meio ambiente aos consumidores e ao patrimônio cultural e natural do País, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo\_ constata-se que o ideal seria a execução específica, de maneira que se repusesse o bem ou interesse lesado ao statu quo ante”. (MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e Legislação complementar*. p. 35).

<sup>36</sup> De acordo com Pedro Lenza: “Essa ideologia pode ser percebida, por exemplo, no Código de Napoleão, cujo art. 1.142, externando a preocupação com a liberdade e dignidade do ser humano, consagrou o dogma da intangibilidade da vontade humana ao estabelecer que toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de inadimplemento do devedor”. (LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. pág. 353) . Sobre tais características do direito no estado liberal, assim se manifesta o Professor Luiz Guilherme Marinoni: “como é sabido, o direito liberal não se preocupava com as diferenças entre os bens e as pessoas. Se as pessoas são iguais\_ independentemente de suas diferenças concretas\_ e se os bens não merecem tratamento diversificado, basta o ressarcimento em pecúnia, inexistindo razão para a tutela específica. Em uma sociedade em que não há razão para proteger determinadas posições sociais, mas apenas necessidade de manter em funcionamento os mecanismos de mercado, é suficiente a tutela que retribui em dinheiro o valor da lesão. Além do mais, se as pessoas são iguais, e assim livres para se autodeterminarem no contrato, não cabe ao Estado interferir na relação jurídica para assegurar a tutela na forma específica”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. p. 13).

jurisdicionais está intimamente ligada ao tema do controle judicial das políticas públicas. Tomando como conceito preliminar dessas últimas a idéia de programas de ações governamentais voltadas (ou pelo menos que deveriam estar voltadas) primordialmente para a satisfação dos direitos fundamentais, pode-se, desde já, questionar se é possível a ingerência do Poder Judiciário nesse campo. Embora a Constituição assegure a inafastabilidade da apreciação jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça a direito, há que se reconhecer a existência de limites sobre o alcance dessa e de qualquer outra garantia de índole constitucional. A busca de uma resposta a esse problema, que não deixe ao alvedrio dos órgãos governamentais a efetivação de direitos fundamentais e que ao mesmo tempo não lhes tolham a faixa de competência que a própria Constituição lhes assegura, constitui o objeto central dessa monografia. Antes, porém, de se abordar diretamente estas questões, faz-se necessária uma exposição sobre o conceito dos direitos fundamentais e suas relações com os direitos transindividuais.

## **2.4 Os direitos transindividuais e os direitos fundamentais**

### **2.4.1 A busca de um conceito de direitos fundamentais**

Esboçar um conceito adequado de direitos fundamentais tem sido um dos maiores desafios para a dogmática do direito constitucional contemporâneo. A complexidade é imanente a esse assunto. Os direitos fundamentais podem ser abordados sob várias perspectivas e a concepção acerca dessa categoria varia conforme o ordenamento jurídico que se toma como referência. Por isso, defende-se, com amparo na valiosa obra do jurista gaúcho Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>37</sup> que a busca de um conceito de direitos fundamentais

---

<sup>37</sup> Sobre as diversas perspectivas de abordagem e a vinculação de determinada concepção acerca dos direitos fundamentais a um determinado ordenamento assim se manifesta o autor: “O estudo dos direitos fundamentais implica, contudo, uma tomada de posição quanto ao enfoque adotado, bem como no que diz com o método de trabalho. Há que optar por uma (ou algumas) das múltiplas possibilidades que se oferecem aos que pretendem se dedicar ao enfrentamento de tão vasto e relevante universo temático. Nesse sentido podemos tomar como ponto de partida a lição do jurista lusitano Vieira de Andrade, ao referir que os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, dentre as quais

deve significar, em verdade, a busca de um conceito constitucionalmente adequado; ou seja, de uma definição que atenda as diretrizes estabelecidas pela Constituição vigente ao regular a matéria. Não há, portanto, um conceito universal e inequívoco.

O professor Luiz Guilherme Marinoni<sup>38</sup> observa que os direitos fundamentais podem ser conceituados em um sentido formal e em uma acepção material. Formalmente, os direitos fundamentais seriam aqueles assim definidos pelo próprio texto constitucional, com ênfase para os que compõem o Título II da Constituição, denominado “Dos direitos e garantias fundamentais”. Além desses, a doutrina reconhece a existência de outros direitos fundamentais fora do catálogo. A identificação desses últimos exige que se trabalhe com a concepção material dos direitos fundamentais. A conceituação material visa formular critérios para se aferir a fundamentalidade material de determinadas posições jurídicas, aferindo se estas se enquadram ou não entre aquelas fundamentais para a constituição da sociedade e do Estado.

A existência de um conceito material de direitos fundamentais é reforçada pela cláusula de abertura inserida no parágrafo 2º, do artigo 5º da Constituição que dispõe que: *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república Federativa do Brasil seja parte”*. Esse dispositivo constitucional, aparentemente singelo, possui ampla repercussão no tratamento dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, gerando discussões que ultrapassam a temática desse

---

enumera três: a) perspectiva filosófica (ou jusnaturalista), a qual cuida do estudo dos direitos fundamentais como direito de todos os homens, em todos os tempos e lugares; b) perspectiva universalista (ou internacionalista), como direito de todos os homens (ou categoria de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) e perspectiva estatal (ou constitucional), pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direito dos homens, num determinado tempo e lugar.(...)

Sem perder de vista a inequívoca e necessária interpenetração entre as diversas perspectivas referidas, e desde já reconhecida a relevância de todas elas, optamos por centrar nossa atenção na dimensão concreta dos direitos fundamentais, tais quais se encontram plasmados na órbita do direito constitucional positivo (perspectiva estatal, portanto), com ênfase particular no direito pátrio. Em suma, o que se pretende nesse estudo é estabelecer uma relação mais próxima com algumas das principais questões relativas à problemática dos direitos fundamentais na nossa Constituição”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 26-27).

<sup>38</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 64

trabalho, como por exemplo, as dificuldades em se identificar e definir o regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais decorrentes dos princípios fundamentais, tendo em vista o caráter aberto e fluído dessas normas; e também, as questões decorrentes da incorporação, hierarquia e aplicação dos direitos fundamentais positivados nos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro.

Para que se construa um conceito material coerente com o sistema constitucional vigente, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a atribuição do status de direito fundamental a uma posição jurídica deve ser admitida na medida em que essa dada posição tiver um grau de relevância e dignidade semelhante às normas expressamente elencadas no catálogo constitucional dos direitos e garantias fundamentais:

(...) direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que \_constem, ou não, do texto constitucional\_ por seu conteúdo e importância possam ser equiparados aos integrantes do rol elencado no Título II da nossa Lei fundamental. Ambos os critérios (substância e relevância) se encontram agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais.

Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental.<sup>39</sup>

Além disso, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>40</sup> aduz que a fundamentalidade material de uma determinada norma deve guardar pelo menos alguma referência com o princípio da dignidade da pessoa humana (princípio fundamental da República Federativa do Brasil, segundo disposição expressa da Constituição de 1988), embora o próprio autor reconheça que diversos dos direitos fundamentais consagrados no catálogo constitucional não

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 108.

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 112.

possuem uma vinculação direta com o esse princípio fundamental, citando como exemplo os preceitos estabelecidos no artigo 5º, incisos XVIII, XXI, XXV, XXVIII, XXIX, XXXI e XXXVIII da Constituição de 1988.

#### **2.4.2 As perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais**

Uma das abordagens desenvolvidas no âmbito da teoria dos direitos fundamentais é a que os divide nas perspectivas subjetiva e objetiva, ambas complementares e não excludentes entre si. O principal objetivo dessa classificação é o de evidenciar que os direitos fundamentais não se limitam a criar direitos subjetivos para os indivíduos, mas também possuem o condão de estabelecer os valores fundamentais da sociedade. Sobre o alcance da faceta objetiva dos direitos fundamentais Luiz Guilherme Marinoni afirma que:

As normas de direitos fundamentais afirmam valores que incidem sobre a totalidade do ordenamento jurídico e servem para iluminar as tarefas dos órgãos judiciários, legislativos e executivos. Assim, implicam em uma valoração de ordem objetiva. O valor contido nessas normas, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico.<sup>41</sup>

De acordo com esse mesmo autor, a condição atribuída aos direitos fundamentais (sob o aspecto objetivo) de preceitos básicos de orientação de todo o ordenamento jurídico impõe ao Estado um dever de proteção dessa categoria de direitos. Esse dever é cumprido por meio de prestações normativas ou fáticas, dependendo das circunstâncias concretas.

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>42</sup> reconhece uma amplitude significativa a esse dever de proteção, que segundo ele, poderá assumir caráter repressivo ou preventivo e incidirá

---

<sup>41</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 69.

<sup>42</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 175.

tanto em face dos poderes públicos, de particulares e até mesmo de outros estados.

Quanto à perspectiva subjetiva, pode-se afirmar mais uma vez com fulcro na obra de Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>43</sup> que ela representa a possibilidade do titular de um direito fundamental exigir judicialmente a sua satisfação perante o destinatário adequado. O reconhecimento dessa faculdade contribui para a própria efetividade dos direitos fundamentais, na medida em que deixam de ser compreendidos como meros preceitos programáticos, para assumirem a condição de fontes de pretensões jurisdicionáveis. Essa constatação serve como fundamento para que o Judiciário possa influir, ainda que de modo limitado, em alguns aspectos relacionados à implementação de políticas públicas. Pois como será oportunamente demonstrado, estas envolvem programas de ações estatais que muitas vezes são imprescindíveis para a satisfação de direitos fundamentais.

#### **2.4.3 A aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos transindividuais**

O objetivo desse tópico é demonstrar que há pontos de contato entre os direitos fundamentais e os direitos transindividuais. Esse fenômeno não ocorre no plano conceitual. No âmbito da ciência do direito, ambos possuem regulação própria, constituindo categorias distintas entre si. A aproximação entre os direitos fundamentais e os direitos transindividuais ocorre quando se considera a tutela jurisdicional a eles dispensada. Por essa razão, afirmou-se, já na introdução, que a ação civil pública, enquanto instrumento processual voltado para a tutela dos direitos transindividuais, possui ligação com o universo dos direitos fundamentais e com as políticas públicas necessárias para efetivá-los.

Com isso, procura-se aqui evidenciar que os direitos fundamentais possuem, em sua maioria, uma repercussão no plano supra-individual e podem ser protegidos jurisdicionalmente através dos meios dispostos no ordenamento jurídico para a tutela dos direitos transindividuais.

---

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 178.

Essa faceta transindividual dos direitos fundamentais pode ser demonstrada a partir da perspectiva objetiva desses direitos, mencionada no item anterior.

Com efeito, Ingo Wolfgang Sarlet defende que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que consagra valores e objetivos essenciais da sociedade, não pode ser compreendida através de uma abordagem individualista; ou seja, aferida simplesmente pelo confronto da posição jurídica de um indivíduo em face do Estado; mas sim, de toda a comunidade juridicamente organizada, considerada em seu todo. Isso leva o autor citado a afirmar que:

(...) a doutrina alienígena chegou à conclusão de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais constitui função axiologicamente vinculada, demonstrando que o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, nesse contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais.<sup>44</sup>

---

<sup>44</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p. 178.



### 3 O CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBJETO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Conforme o que foi mencionado no tópico anterior, o objeto das ações civis públicas pode ser bastante amplo, tanto no que diz respeito aos bens passíveis de tutela, quanto no que concerne aos provimentos jurisdicionais cabíveis. Há autores, como Gregório Assagra de Almeida,<sup>45</sup> que defendem a existência de um princípio da não-taxatividade da ação civil pública, embasado nos artigos 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III da Constituição. O alcance adquirido por essa ação coletiva elevou-a a condição de instrumento de efetivação de direitos fundamentais<sup>46</sup> e de controle jurisdicional de políticas públicas. Estes dois últimos aspectos podem ser considerados faces de uma mesma moeda por estarem intimamente relacionados.

Tal simbiose decorre da circunstância de que as políticas públicas são, em geral, instrumentos para a efetivação dos direitos fundamentais.<sup>47</sup> Essa constatação é imprescindível para a compreensão dos fundamentos que amparam o controle jurisdicional dessas questões, na medida em que o constitucionalismo contemporâneo, construtor de um Estado Democrático de Direito, coloca os direitos fundamentais e a preocupação com a efetividade concreta dessa espécie de direitos no centro de todo o ordenamento jurídico. Por isso, para se garantir o caráter cogente das normas constitucionais, surge a inarredável necessidade de se atribuir ao Poder Judiciário, órgão

---

<sup>45</sup> Nesse sentido a manifestação do autor citado: "...o artigo 129, III, da CF, em consonância com o artigo 5º, XXXV, da CF, consagra o princípio da não-taxatividade da ação civil pública. Com efeito, decisões jurisdicionais que restringem o campo de aplicabilidade da ação civil pública ao argumento de que ela não poderá ter como objeto o erário ou matéria tributária, estão ferindo frontalmente o texto e o espírito do dispositivo constitucional, em prejuízo da própria sociedade e do Estado Democrático de Direito". (ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro*. p. 340).

<sup>46</sup> ALONSO JR. Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. p. 207-219.

<sup>47</sup> Nesse sentido é a observação de Américo Bedê Freire Júnior: "Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los". (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 48).

constitucionalmente independente e de certa forma alheio ao jogo político-eleitoral, a competência para controlar a adequação, a insuficiência e a ausência de políticas públicas voltadas para a concretização dos direitos fundamentais.

A esta altura não há como fugir da obrigação de se lançar um conceito de políticas públicas, ressaltando desde logo o caráter instrumental e contingente dos possíveis conceitos, já que não há uma compreensão unívoca sobre o assunto. Assim sendo, buscar-se-á, a partir de conceitos trazidos por diversos autores, encontrar os traços essenciais das políticas públicas. Tanto pelo conteúdo, como pelo reconhecimento da dificuldade em se enunciar um conceito, toma-se como referência a dicção de Américo Bedê Freire Júnior no sentido de que:

(...) não é tarefa simples a de precisar um conceito de políticas públicas, mas, de um modo geral, a expressão pretende significar um conjunto ou uma medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito.<sup>48</sup>

Também reconhecendo o conteúdo finalístico como necessário para a conceituação das políticas públicas é o conceito trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso que se expressa nos seguintes termos:

No atual estágio de prospecção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, pensamos que política pública pode ser considerada como a conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 47.

<sup>49</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. p. 730-731.

Dando ênfase ao aspecto instrumental, Maria Paula Dallari Bucci afirma que: “as políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar \_ o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social \_ é o núcleo da idéia de política pública”.<sup>50</sup> Essa mesma autora oferece ainda uma concepção processual acerca das políticas públicas, no sentido de que:

(...) as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.<sup>51</sup>

Eros Roberto Grau fornece um conceito bastante amplo afirmando que: “a expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social”.<sup>52</sup>

Uma noção interessante é dada por Fábio Konder Comparato, com base em estudos elaborados por Ronald Dworkin, para quem a política pública é:

(...) aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil.<sup>53</sup>

Os dados predominantes nos conceitos enunciados apontam para o fato de as políticas públicas dizerem respeito a programas de ação do Estado voltados para

---

<sup>50</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. p. 252.

<sup>51</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. p. 264.

<sup>52</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. p. 21.

<sup>53</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. p 40-41.

finalidades específicas. Possuem, portanto, uma natureza dinâmica, ainda que em alguns casos possam ser efetivadas pela abstenção. Quanto aos objetivos ou metas componentes do conteúdo dessas políticas, considerando a realidade normativa de um Estado Democrático de Direito, o que se pode esperar é que sejam voltadas para a realização dos valores básicos previstos na Constituição, com preeminência à tutela dos direitos fundamentais. A expansão dos direitos englobados por essa categoria e a complexidade da sociedade contemporânea tornam praticamente impossível uma catalogação exaustiva dos temas pertinentes às políticas públicas.<sup>54</sup> Essa constatação contribui para a dificuldade de se aferir, no plano concreto, a compatibilidade de uma determinada ação estatal com as diretrizes constitucionais que lhe são pertinentes. Os possíveis desvios que podem ocorrer nessa seara demonstram a imprescindibilidade de alguma forma de controle, capaz de adequar os programas de ação do estado às balizas fixadas pelos direitos fundamentais.

Com base nessas contingências, surgiram novas teorias relacionadas às funções desempenhadas pelo Estado, cujos reflexos se fazem sentir sobre a clássica concepção da tripartição de poderes. Algumas das novas compreensões sobre a separação dos poderes do Estado serão abordadas junto ao tema da função política do Poder Judiciário no julgamento das ações coletivas. Por enquanto, o que se pretende é lançar algumas linhas a respeito da chamada função de controle.

Pode-se pensar no controle, em uma primeira aproximação ao tema, como uma atividade que confronta algo a um parâmetro predefinido.<sup>55</sup> Esse algo integra o objeto a

---

<sup>54</sup> Essa condição foi percebida com acuidade por Américo Bedê Freire Júnior, que assim pontificou: “A variedade de formas pelas quais as políticas públicas estão sujeitas, em sua condição de meio para a efetivação dos direitos fundamentais, torna impossível a sua catalogação, já que encontraremos políticas públicas, por exemplo, em relação à saúde, educação, moradia, lazer e quejandos”. (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 48).

<sup>55</sup> Em sentido próximo ao que foi afirmado é a noção ofertada por Odete Medauar, construída sobre o pensamento de Bergeron: “Para Bergeron, o controle consiste em estabelecer a conformidade de uma coisa em relação a outra coisa; daí a necessidade de um “role” ideal, forma, modelo ou “standard”, que serve de medida para a comparação. Há controle quando há relação, aproximação ou confrontação entre essa coisa, objeto do controle, e esta outra coisa ou “role” ideal que serve de escala de valor para a apreciação”. (MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. p. 17-18).

ser controlado. Transpondo essa noção para o âmbito do controle dos atos do Estado, um dos possíveis objetos consiste justamente no poder, e os parâmetros, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, serão os princípios constitucionais fundamentais. A partir disso, buscar-se-á identificar os traços essenciais da função de controle do poder estatal, que no constitucionalismo contemporâneo não se limita ao cânone da legalidade.<sup>56</sup>

O mito da completude do ordenamento jurídico e a preponderância do Poder Legislativo, herança das transformações que deram origem ao Estado liberal, não se sustentam a partir da compreensão do direito por princípios.<sup>57</sup> O reconhecimento do caráter normativo destes últimos ampliou significativamente a relevância e o alcance do controle dos atos do Estado a ponto de se falar atualmente em um princípio da juridicidade,<sup>58</sup> que ultrapassa o tradicional parâmetro da legalidade, confrontado os atos estatais com todos os demais princípios consagrados, explícita ou implicitamente, no

---

<sup>56</sup> Sobre a nova conformação do princípio da legalidade no atual estágio da teoria constitucional, Luiz Guilherme Marinoni assevera que: “Por consequência, o princípio da legalidade obviamente não pode mais ser visto como à época do positivismo clássico. Recorde-se que o princípio da legalidade, no Estado legislativo, implicou na redução do direito à lei, cuja legitimidade dependia apenas da autoridade que a emanava. Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais, e que por isso frequentemente adquire contornos não só nebulosos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça”. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 43).

<sup>57</sup> No sentido do reconhecimento da força vinculante dos princípios constitucionais é a conclusão de Germana de Oliveira Moraes: “Aceita-se, após a superação da dicotomia jusnaturalismo versus positivismo, na segunda metade do século findante, que o direito inclui tanto princípios quanto regras (ou normas em sentido estrito). A fase atual do constitucionalismo, denominada pós-positivista, é marcada justamente pela normatividade e posituação dos princípios gerais de Direito”. (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. pág. 26). De modo semelhante pontifica o consagrado constitucionalista cearense Paulo Bonavides: “não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios (a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios), sendo as normas o gênero e as regras e os princípios a espécie”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 259).

<sup>58</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. pág. 79. No sentido da submissão do Estado ao direito e não apenas à lei, conclui Oswaldo Luiz Palu: “Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei apenas em sentido formal. Hoje, portanto, fala-se em Estado Democrático de Direito que compreende o aspecto da participação do cidadão (Estado Democrático) e o da justiça material (Estado de Direito). (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 73).

texto constitucional, tais como os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da impessoalidade, da moralidade, da eficiência, dentre outros.

O paradigma da constituição principiológica abriu um novo campo para a atuação jurisdicional, tendo em vista o caráter aberto dos princípios que exigem métodos de aplicação distintos das demais regras. Além disso, pode-se afirmar que nenhuma construção teórica sobre a normatividade dos princípios encontraria ressonância no plano da realidade concreta caso não se admitisse a possibilidade de o Poder Judiciário tutelar direitos com fundamento nessas normas.

A questão do controle jurisdicional dos atos do Estado com fulcro nas normas constitucionais surgiu, conforme relato de Oswaldo Luiz Palu,<sup>59</sup> ainda sob o prisma do estado liberal, a partir da obra dos federalistas norte-americanos e do caso *Madison v. Marbury*,<sup>60</sup> a partir do qual se reconheceu ao Poder Judiciário a competência para

---

<sup>59</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 52-63.

<sup>60</sup> Lênio Luiz Streck assim descreve este famoso caso: “Em 1801 o Presidente Adams, do Partido Federalista, não conseguiu se reeleger, sendo derrotado por Thomas Jefferson, do Partido Democrata Republicano (que mais tarde redundaria no Partido Democrata). Antes de entregar o poder, Adams fez uma série de nomeações para cargos do poder Judiciário. Entre essas nomeações, estava a de John Marshall para a Supreme Court. Em 17 de fevereiro de 1801, Jefferson foi eleito Presidente. Embora indicado para a Suprema Corte, Marshall permanece no cargo de Secretário de Estado do governo Adams até a posse de Jefferson, em 03 de março de 1801. Logo após a eleição de Jefferson, o Congresso Federalista iniciou seus esforços para manter o controle do Judiciário Federal. A lei conhecida como Circuit Court Act, de 13 de fevereiro de 1801, criou dezesseis cargos de Juiz Federal de Apelação \_os Circuit Court Judges. Como esperado, todos os novos cargos foram para Federalistas. Foram chamados “midnight judges”, por terem sido nomeados no apagar das luzes da administração de Adams. William Marbury, o protagonista do caso em exame, não estava entre o midnight judges. Ele foi nomeado ainda mais tarde: o Organic Act of the District of Columbia foi aprovado em 27 de fevereiro de 1801, menos de uma semana antes do fim do mandato de Adams. Aquela lei autorizava o Presidente a nomear juizes de paz para o Distrito de Columbia. Adams nomeou 42 juizes em 02 de março de 1801 e o Senado confirmou as nomeações em 03 de março, o último dia de Adams no cargo. As nomeações dos Juizes de paz que ajuizaram a ação, incluindo William Marbury, foram assinadas de imediato por Adams \_assim como assinadas e carimbadas (sealed) por seu Secretário de Estado, Marshall\_ mas nem todos tomaram posse antes do fim do dia. Então, o novo Presidente, Jefferson, recusou-se a dar posse a eles, por considerar as nomeações nulas. Esse foi o contexto da decisão *Marbury v. Madison* (5 U. S.)137, 2 L. Ed. 60 (1803). Como a nova administração de Jefferson decidiu desconsiderar as nomeações do governo Adams, Marbury e alguns colegas desapontados decidiram ir diretamente à Suprema Corte, visando compelir o Secretário de Estado de Jefferson, James Madison, a lhes dar posse. Em 24 de fevereiro de 1803, saiu a decisão proferida pelo Chief Justice (John Marshall). A corte não negou que Marbury tivesse direito à nomeação. O que não existia era remédio jurídico para garantir essa nomeação. A lei (act) que estabelece as Cortes Judiciais dos Estados Unidos autoriza a Suprema Corte “a expedir ordens mandamentais (Writs

contrastar os atos emanados do Poder Legislativo com a constituição. O fato de esse controle se dar sobre atos legislativos é explicado pelo autor como consequência da preponderância desse poder após a superação do absolutismo monárquico.

Todavia, ainda de acordo com Oswaldo Luiz Palu, a concepção do estado social, com sua feição intervencionista, deslocou para o Poder Executivo, mas especificamente para a função governamental-normativa, a supremacia do âmbito de atuação. Correlatamente, esse último poder ou função passou a ser o principal foco do controle jurisdicional em prol da efetivação dos direitos fundamentais, em que se busca aferir a conformidade da ação ou omissão estatal com os valores consagrados nas constituições. Daí advém o fato de, contemporaneamente, a imensa maioria das ações coletivas voltadas ao controle de políticas públicas serem propostas em face dos órgãos governamentais vinculados ao Executivo.

### 3.1 Os possíveis limites ao controle jurisdicional de políticas públicas

A partir desse momento passa-se à análise dos principais pontos de sustentação das teses que refutam ou limitam demasiadamente o controle jurisdicional de políticas públicas através das ações coletivas. Na exposição de cada item a seguir disposto, buscar-se-á construir a devida compreensão dos argumentos e sua respectiva refutação a partir de

---

of mandamus) em casos garantidos pelos princípios e costumes de direito, a qualquer corte oficial, ou a pessoas no exercício de cargos, sob a autoridade dos Estados Unidos”. Sendo o Secretário de Estado (Secretary of State) uma pessoa exercendo um cargo sob a autoridade dos Estados Unidos, ele está precisamente dentro da descrição do texto legal; a se esta corte não estiver autorizada a emitir um mandado contra tal oficial, só poderá ser por que a lei (o Judiciary Act) é inconstitucional e, portanto, absolutamente incapaz de conferir a autoridade e as obrigações que seus termos buscam conferir e determinar. Ou seja, se a Constituição estabelece que a Suprema Corte é um órgão recursal (appellate jurisdiction), não poderia a lei ordinária dizer mais do que a Lei Suprema do país. Se o Congresso mantém a liberdade de atribuir à Corte jurisdição recursal, onde a Constituição declarou que sua jurisdição deve ser original; e atribuir jurisdição originária onde a Constituição declarou que deveria ser jurisdição recursal; então, a distribuição de jurisdição feita na Constituição é forma sem substância. Não há meio termo: ou a Constituição é uma lei superior, direito supremo, imutável por meios ordinários, ou estará no mesmo nível de leis ordinárias e, como tais, poderá ser alterada segundo a vontade do Legislativo. Por isto, a norma deve ser anulada (*The rule must be discharged*). Para um exame mais aprofundado, ver o excelente trabalho de Paulo Klatau Filho. A primeira decisão sobre o controle de constitucionalidade: *Marbury v. Madison* (1803)”. (STRECK, Lênio Luiz. *Teoria da constituição e jurisdição constitucional*. In: *Cadernos de direito constitucional*. p. 18-19).

elementos já lançados, que descortinam a imprescindibilidade da atuação ativa do Poder Judiciário no controle da adequação, ausência ou insuficiência de políticas públicas favoráveis à concretização dos direitos fundamentais.

### **3.1.1 A ausência de legitimação democrática**

Um dos argumentos recorrentes para a oposição ao controle jurisdicional de políticas públicas é a possível ausência de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista que a investidura dos juízes não se dá, tal como no Executivo e no Legislativo, através da escolha pelo voto popular. Identifica-se nessa tese uma visão reducionista do fenômeno democrático, restringindo-o aquilo que se denomina de democracia representativa, exercida justamente através do direito ao sufrágio. Antes mesmo de procurar os fundamentos da legitimidade do Poder Judiciário, mostra-se oportuna a inserção de uma reflexão que vem sendo feita por alguns autores e que demonstra o quanto a tese da legitimação democrática por meio do voto vem esmaecendo diante da realidade atual.

Parte-se do questionamento elaborado por Américo Bedê Freire Júnior<sup>61</sup> que se pergunta até que ponto o ato de votar, no contexto de uma sociedade globalizada, em que há uma sensível limitação da soberania do Estado na condução dos seus interesses, não se tornou um ritual simbólico de legitimação formal da lógica do economicamente forte. Esse autor observa que as diretrizes oriundas do capitalismo neoliberal são, na maioria das vezes, incompatíveis com os vetores direcionados à satisfação dos direitos humanos, produzindo assim, decisões políticas alheias ao interesse do povo, que em última análise, por expressa disposição constitucional (prevista no parágrafo único da Constituição da República de 1988, afirmando que: “*Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*”), é o verdadeiro titular da soberania.

---

<sup>61</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 31-32.



Assim, tanto a defesa ingênua do princípio da legalidade, como a exaltação da democracia representativa, devem ser vistas com cautela. Pois, conforme adverte Oswaldo Luiz Palu:

A lei torna-se uma vantagem de grupos arbitrariamente imposta à sociedade. Multiplicam-se os *lobbies*, os grupos de pressão e de interesses. Os representantes do povo e os governantes são eleitos, cada vez mais por um conglomerado de interesses econômico-midiáticos, cabendo aos eleitores apenas a legitimação formal dos escolhidos, no pequeno âmbito das opções possíveis, oriundo do monopólio das candidaturas pelos partidos políticos.<sup>62</sup>

A democracia não se concretiza, portanto, apenas com o voto<sup>63</sup> e essa constatação é cada vez mais evidente na medida em que se consideram as circunstâncias antes mencionadas. Sua plena realização depende também, como o próprio parágrafo único da Constituição, transcrito há pouco, prevê, de mecanismos de democracia direta, em que se possibilita ao cidadão uma interferência mais concreta na condução dos interesses públicos. É justamente a partir dessa noção que se buscará um dos argumentos para a legitimidade do Poder Judiciário na condução de políticas públicas: a compreensão das ações coletivas como instrumentos de democracia direta.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>64</sup> enfatiza esse aspecto das ações coletivas, reconhecendo a vocação dessas ações em servirem de canais para a reivindicação de direitos fundamentais ou ainda, no caso de demandas propostas contra o Poder Público, de serem meios de participação dos cidadãos na gestão da coisa pública. Segundo o entendimento desse autor, a função jurisdicional quando desempenhada em ações

---

<sup>62</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 67.

<sup>63</sup> Mais uma vez utiliza-se da lição de Oswaldo Luiz Palu para sustentar esse ponto de vista, tendo este autor afirmado que: “A representação não garante, por si só, a democracia, ou a legitimidade democrática dos governantes. Nesse sentido, é condição necessária, mas não suficiente; assim sendo, além de um governo representativo, o contínuo controle e a responsabilização dos governantes torna-se imprescindível a esse propósito. Representação e controle, podendo ser este jurisdicional ou via eleitorado, não excludentes, são as duas bases da democracia moderna”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 379).

<sup>64</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. p. 111.

coletivas, seja para tutela dos direitos transindividuais, seja para o controle de decisões políticas, adquire uma nova dimensão, na medida em que “toma seu lugar na efetivação da democracia”.

Sérgio Cruz Arenhart<sup>65</sup> também reconhece a aptidão das ações civis públicas no reforço da democracia direta. O juiz, de acordo com esse autor, utiliza-se no julgamento dessas demandas de critérios político-valorativos na aplicação dos princípios constitucionais controlando decisões políticas segundo uma gama de prioridades estabelecidas pelo ordenamento jurídico. Nessa mesma obra, Arenhart destaca um outro aspecto que sustenta a legitimidade do Poder Judiciário no controle de escolhas políticas. Trata-se da legitimação pelo procedimento através do qual a decisão é tomada, pois como:

(...) a decisão judicial nasce do contraditório entre os interessados e assenta-se na possibilidade de diálogo anterior entre os que possivelmente serão atingidos pela atuação jurisdicional, seu conteúdo deve gozar da mesma legitimação a que faz jus o ato político emanado do Legislativo ou do Executivo.<sup>66</sup>

Por tudo isso, mostra-se a fragilidade da alegação da falta de legitimidade democrática para a interferência do Poder Judiciário no controle de políticas públicas, seja pela debilidade da legitimação pelo voto, seja pelo potencial das ações coletivas em fortalecer a democracia participativa.

---

<sup>65</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. p. 509.

<sup>66</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário*. p. 510.

### 3.1.2 A competência discricionária da administração pública

A discricionariedade administrativa é, há muito tempo, um dos limites opostos contra um controle judicial mais incisivo dos atos governamentais. Porém, ainda que persistam julgados conservadores, dando à discricionariedade um caráter quase intocável, existem diversos autores empenhados em adequar esse conceito às diretrizes de um Estado Democrático de Direito. A concepção tradicional remonta ao paradigma do Estado Liberal, em que os domínios do direito coincidiam com o alcance dado ao princípio da legalidade; assim, os pontos não regulados pela lei seriam capazes de atribuir aos órgãos gestores do estado uma esfera de autonomia jurídica, insuscetível de fiscalização por parte do Poder Judiciário.<sup>67</sup> Essa compreensão poderia ser sustentável em um ordenamento composto unicamente por regras; não, porém, em uma ordem em que se reconheça a força normativa dos princípios.

Maria Sylvia Zanella di Pietro<sup>68</sup> estabelece a distinção entre atividade vinculada e discricionária a partir da existência, nesta última, de uma margem de liberdade de decisão sobre alguns aspectos da atuação administrativa. Segundo a autora, incidiria sobre essas espécies de atos um poder discricionário, pelo qual a administração poderia decidir com base em critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, no sentido de adotar a solução mais adequada perante as circunstâncias do caso concreto. Há a ressalva de que a liberdade recai sobre alguns dos aspectos da atuação devido ao reconhecimento de que em todos os atos existem elementos vinculados, tais como a

---

<sup>67</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da administração pública*. p. 33.

<sup>68</sup> Segue as conclusões da autora acerca da distinção entre a atividade administrativa vinculada e discricionária: “Pode-se, pois, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. p. 205).

competência, a forma e a finalidade.

A renomada professora da Universidade de São Paulo procura também expor a justificativa para a existência da discricionariedade, mencionando dois critérios: um jurídico e outro prático. Este último, consiste na impossibilidade de o legislador prever, normativamente, as ações mais adequadas em face de todas as situações concretas sujeitas à ingerência da administração pública; aquele, baseia-se na teoria de Kelsen, da formação do direito por degraus, segundo a qual, em cada ato jurídico, fundado em outro de hierarquia mais elevada, há o acréscimo de um conteúdo novo. A discricionariedade existiria justamente para viabilizar essas inovações escalonadas.

Na intenção de se demonstrar a compreensão contemporânea que vem sendo dada a esse tema, pode-se partir de uma expressão mencionada há pouco: o “poder discricionário”. O título atribuído a esse tópico, propositadamente, rejeitou essa expressão. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, não há propriamente um ato ou poder discricionário; mas sim, a competência para a apreciação discricionária de um ou de alguns dos aspectos que integram o respectivo ato.<sup>69</sup> Como a competência, na seara do direito público, é associada à idéia de função, concebida como atividade finalisticamente ordenada à satisfação do interesse público, já se pode deduzir que a liberdade da ação administrativa não é assim tão ampla, ainda que exista efetivamente uma margem de discricionariedade. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>70</sup> também ressalta que a partir da concepção de uma finalidade imposta à atuação do administrador, perde relevo a noção de poder e ganha destaque a noção de dever, sendo aquele instrumento para o cumprimento deste último.

---

<sup>69</sup> Mostra-se oportuna a transcrição de trecho da obra do eminente administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello, que de modo claro transmite a noção aqui exposta: “Aliás, cabe aqui observar que embora seja comum falar-se em “ato discricionário”, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer “ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem”. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o “produto” do exercício dela. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 18).

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. p. 13.

Com o reconhecimento da existência de uma finalidade vinculante para todo ato administrativo, abre-se uma senda, ainda pouco explorada, para o controle jurisdicional da atuação administrativa. O contraste não se dá, conforme, já afirmado, apenas em face do princípio da legalidade; mas sim, pela aferição da conformidade da conduta estatal com todos os princípios constitucionais pertinentes, lembrando-se, novamente, do princípio da juridicidade. Assim sendo, a legitimidade da opção feita pelo administrador no caso concreto é condicionada pela observância do melhor atendimento do interesse público.

Além disso, é bastante defendida a tese de que quando o texto constitucional dispõe sobre um direito que exija uma determinada política pública, sua efetivação não se inclui na faixa de competência discricionária da administração.<sup>71</sup> No sentido da não equiparação entre a implementação de políticas públicas e os atos discricionários, Rodolfo de Camargo Mancuso assevera que:

(...) não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre as políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários.<sup>72</sup>

O autor chega a esta conclusão com base no direito amplo de acesso à tutela jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição e no reconhecimento da normatividade dos preceitos constitucionais atinentes às políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais. Nesse contexto, as ações coletivas seriam o

---

<sup>71</sup> Afastando a discricionariedade, inclusive em matéria orçamentária, para a efetivação de políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais, Fábio Konder Comparato escreve que: “Da mesma forma, a liberação de verbas orçamentárias vinculadas às políticas de realização dos direitos fundamentais não é matéria que entre na esfera de discricionariedade administrativa. Ela não se submete a juízo algum de conveniência e oportunidade. Trata-se inquestionavelmente, de atos de administração vinculada”. (COMPARATO, Fábio Komparato. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. p. 256).

<sup>72</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento judicial de controle das chamadas políticas públicas*. p. 728.

instrumental necessário para a concretização dessas duas premissas.

### 3.1.3 A questão da “reserva do possível”

Uma objeção comum em matéria de controle jurisdicional de políticas públicas é a chamada reserva do possível, que se funda na insuficiência dos recursos estatais para o atendimento pleno das necessidades fundamentais dos cidadãos. Tal limitação não se impõe tão somente sobre o Estado, mas atinge a própria sociedade, que o financia. Há várias formas de se considerar essa questão, dentre elas Américo Bedê Freire Júnior afirma que vem prevalecendo o sentido de “cláusula supralegal de descumprimento da Constituição”.<sup>73</sup> Há, portanto, que se buscar uma nova fórmula de compreensão para o tema, consentânea com uma postura favorável à efetivação dos direitos fundamentais.

O argumento da reserva do possível pode ser levantado tanto em face da ausência de recursos financeiros propriamente, como diante da inexistência de previsão orçamentária para a realização da despesa exigida por determinada política pública. No primeiro caso, se considera o aspecto fático dessa cláusula; no segundo, sua feição jurídica. Quanto a esta última perspectiva, segundo o entendimento do autor citado há pouco, a postura adotada pelo Judiciário deverá tomar em consideração o tipo de política pública que está em questão. Caso não haja urgência relevante na sua implementação, a decisão judicial poderá impor ao poder público obrigação de fazer, no sentido de que seja incluída na lei orçamentária do exercício seguinte, a verba necessária à concretização de determinada política. Com isso, estar-se-ia prestigiando a função do orçamento enquanto mecanismo de gestão dos recursos públicos. Por outro lado, se o retardo na efetivação de determinada política acarretar risco de lesão considerável a um direito fundamental, o juiz deverá ponderar, a partir do caso concreto, se deverá prevalecer a regra da exigência da previsão orçamentária ou o princípio fundante do direito ameaçado.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 75.

<sup>74</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 75-76.

Américo Bedê Freire Júnior<sup>75</sup> faz ainda duas observações importantes sobre o assunto capazes de rebater a mera alegação de ausência de recursos. A primeira delas diz respeito ao escalonamento de prioridades. O Poder Judiciário não pode, em uma demanda coletiva, julgar improcedente uma pretensão favorável a bens essenciais, em razão do reconhecimento da falta de meios financeiros, quando há recursos previstos no orçamento para áreas não prioritárias como, por exemplo, a propaganda governamental. Nesses casos, a dotação orçamentária, ainda que formalmente perfeita, seria incompatível com a Constituição, que determina a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. O segundo ponto a ser considerado refere-se ao controle, por parte do juiz, da insuficiência total ou parcial de recursos; afinal, a insuficiência de dinheiro para realização integral de uma determinada política, não representa, necessariamente, a ausência de um mínimo de recursos para que uma política pública seja ao menos iniciada. De modo consentâneo, Sérgio Cruz Arenhart<sup>76</sup> lembra da possibilidade de concreção gradual dos direitos fundamentais segundo as possibilidades financeiras do Estado, que não pode se furtar, ainda que sob a alegação da falta de recursos, de assegurar um mínimo de efetividade a esses direitos.

Outro aspecto que deve ser repellido é aquele concernente a uma noção subjetiva da reserva do possível, sustentada pelo gestor público que não quer se submeter à decisão judicial. A falta de recursos deve ser comprovada ao longo do processo, a partir de elementos concretos.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 74.

<sup>76</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. p. 521.

<sup>77</sup> Nesse sentido é firme posição de Hamilton Alonso Jr., no sentido de que: “Dessarte, a democracia participativa e a tendência crescente de controle social do poder encontram na ação civil pública fórmula processual de trazer para dentro do processo a discussão até então inusitada acerca do melhor para a sociedade. *Aquela conhecida argumentação de inexistência de recursos ou de falta de previsão orçamentária deverá ser trazida aos autos documentalmente e confrontada na instrução com outras provas*”. (ALONSO JR. Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. In: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coordenador: Édis Milaré. p. 217). (sem grifos no original)

### **3.2 A revisão da concepção da separação de poderes e a função política do Poder Judiciário no julgamento das ações coletivas**

A teoria da separação dos poderes, atribuída ao gênio de Montesquieu, consiste basicamente numa construção política voltada para a limitação do poder, buscando-se evitar que o seu detentor dele tente abusar. Essa concepção de índole política encontrou grande aceitação jurídica,<sup>78</sup> passando a constituir-se em um dos pilares do Estado de Direito, surgido sob a vertente liberal, após a Revolução Francesa. Um exemplo apto a demonstrar o quanto a teoria da separação de poderes ainda é presente no constitucionalismo moderno pode ser extraído do artigo 2º, combinado com o artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição da República de 1988. A partir da análise desses dispositivos, verifica-se que a Carta, além de prever expressamente a existência de três Poderes, independentes e harmônicos entre si, atribuiu a essa cláusula o atributo da intangibilidade em face do poder constituinte reformador.

A realidade sob a qual o estado liberal e o dogma da separação de poderes foram forjados é bastante distinta daquela emergente desde o final do século XIX e início do século XX, cujas demandas impostas pela sociedade conduziram ao modelo do estado social. O período pós-revolucionário, permeado pelos valores burgueses, é marcado pela exaltação da liberdade, sustentada, eminentemente, no princípio da legalidade. A busca de superação do absolutismo monárquico deslocou para os parlamentos, sede de atuação dos “representantes do povo”, a preponderância na condução dos destinos dos cidadãos através da elaboração das normas gerais e abstratas. Nesse contexto, o Poder Judiciário era politicamente neutro, detinha a singela função de aplicar a lei ao caso concreto pelo raciocínio de subsunção dos fatos às normas. De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira

---

<sup>78</sup> Quanto a intensidade da influência das idéias de Montesquieu na evolução da teoria do estado, Oswaldo Luiz Palu faz uma observação interessante: “Fenômeno raro na História algumas páginas de um livro\_ aquelas intituladas “Da Constituição da Inglaterra” inseridas no *Espírito das leis*\_ marcaram tão decisivamente as idéias políticas como aquela advinda da obra clássica de Montesquieu. A doutrina denominada “separação de poderes” está indissociavelmente ligada ao Capítulo VI, Livro XI da obra o *espírito das leis* do autor francês”. (PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. p. 47).



Filho, esse Poder, ao praticar o *jus dicere* perante as situações litigiosas poderia até apreciar atos de outros poderes para assegurar o cumprimento da lei, porém não o fazia com sentido fiscalizatório.<sup>79</sup>

Após a positivação dos direitos sociais, exigentes de uma postura ativa do estado, o reinado absoluto da legalidade estrita sofreu um acentuado declínio perante o reconhecimento do caráter vinculante dos princípios constitucionais, até então tidos, geralmente, como meras proposições programáticas. O juiz deixa de ser apenas a “boca da lei”, sendo chamado a interpretar princípios abertos, dando-lhes o devido valor em face das situações concretas. A devida valoração das disposições constitucionais dá à atuação do órgão julgador uma conotação política, inexistente, conforme já afirmado, à época do liberalismo clássico. Se essas alterações de perspectivas podem ser sentidas nos litígios individuais, com muito maior intensidade o serão nas demandas coletivas.

Com efeito, nesses casos, a decisão muitas vezes opta por privilegiar a tutela de um bem constitucionalmente protegido em detrimento de outro da mesma índole.<sup>80</sup> Serão as circunstâncias de cada caso que indicarão o caminho a ser tomado. Essa margem aberta à ponderação do Judiciário fornece-lhe o ensejo para a interferência na gestão de políticas públicas, alterando, de forma evidente, a conformação tradicional da separação de poderes.

De acordo com Américo Bedê Freire Júnior, para se chegar a uma compreensão adequada desse princípio, deve-se partir de uma correção terminológica, falando-se não mais em poderes; mas em funções direcionadas à efetivação dos direitos fundamentais, na

---

<sup>79</sup> FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. p. 03.

<sup>80</sup> Sobre os possíveis conflitos entre interesses constitucionalmente relevantes no julgamento de ações coletivas, Sérgio Cruz Arenhart dispõe que: “Se assim ocorre no plano individual, com muito maior ênfase esse papel é sentido em ações coletivas. Não há dúvida de que as ações coletivas trabalham, costumeiramente, com interesses relevantes defendidos por ambos os pólos da relação processual. De fato, qualquer litígio coletivo envolverá um interesse relevante (normalmente de nível constitucional) reclamado pelo autor, em detrimento de outro interesse também relevante (e também de hierarquia constitucional) invocado como defesa pelo réu”. (ARENHART, Sérgio Cruz. *Ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo judiciário*. p. 506).

medida em que: “o poder estatal é um só, materializado na Constituição, da qual se extrai que a separação das funções deve viabilizar a máxima efetividade das normas constitucionais”.<sup>81</sup>

Dessa assertiva pode-se extrair um caráter instrumental da separação de funções, não podendo, portanto, o princípio ser tomado como um fim em si mesmo.

Partindo-se da premissa de que todas as funções estatais devem estar alinhadas aos princípios constitucionais, chega-se à conclusão de que o juiz ao decidir sobre uma determinada política pública, desde que respeite os parâmetros previstos na Constituição, não estará usurpando a competência de nenhum dos outros “poderes”, estará sim, cumprindo a sua missão de zelar pelo respeito aos comandos constitucionais,<sup>82</sup> ainda que para isso tenha que impor uma ação ou omissão a outro dos “poderes”.

Essa nova postura do Poder Judiciário, imprescindível em um verdadeiro Estado Democrático de Direito, deu ensejo ao surgimento de um processo de judicialização da política e de politização da justiça.<sup>83</sup> Essas duas expressões designam fenômenos correlatos mas distintos. O primeiro aspecto decorre do maior acesso dos interesses transindividuais à justiça; enquanto que o segundo, referente à politização da justiça, decorre da conduta dos magistrados, que não mais se limitam em aplicar a lei aos casos concretos. Rodolfo de Camargo Mancuso, com amparo em estudos realizados por Maria Tereza Sedek, aponta como exemplos da intensificação do chamado “ativismo judiciário”, em que há uma atuação de índole política por parte dos juízes, o controle

---

<sup>81</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 37.

<sup>82</sup> Mostra-se oportuna a citação uma vez mais de Américo Bedê Freire Júnior no sentido de que: “O legislador não é o único responsável por viabilizar a Constituição. O juiz tem a missão constitucional de impedir ações ou omissões contrárias ao texto, sem que com essa atitude esteja violando a Constituição. O juiz não é mais a simples boca da lei, mas intérprete constitucional qualificado, que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como a que vivemos. Tal postura é ínsita à nova leitura da separação de poderes, adequada ao nosso tempo de globalização e falta de paradigmas. Não podemos pensar a separação de poderes com os fundamentos de uma sociedade que não mais existe, ao contrário, devemos construir um princípio que possa ter aplicação em nossos dias”. (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. p. 44-45).

<sup>83</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 1988: judicialização da política e politização da justiça*. p. 01.

abstrato da constitucionalidade das leis e as ações coletivas de um modo geral. A respeito desse segundo modo de prestação jurisdicional, o autor afirma que:

Por esse fenômeno, o Judiciário vai deixando sua tradicional postura discreta e reativa, para ascender ao proscênio, muita vez como protagonista no palco dos debates envolvendo temas de grande interesse nacional, proferindo decisões que se projetam em face de toda a coletividade, como em matéria tributária, consumerista, ambiental, previdenciária. Em contraponto, o Judiciário também vem à berlinda, sendo criticado em termos de custeio de sua estrutura e da eficiência dos resultados, tanto pelos demais Poderes como pela sociedade civil.<sup>84</sup>

O fragmento transcrito acima ilustra o alcance e as vicissitudes provenientes da atuação política do Poder Judiciário. O ingresso dos órgãos jurisdicionais em meandros aos quais os juízes não estão nem um pouco acostumados exige dos julgadores uma dose extra de preparo, não apenas técnico-jurídico, mas também humano. O alargamento dos poderes, com o reconhecimento da possibilidade de os magistrados influenciarem de modo efetivo na conformação de decisões políticas, não pode resultar na exasperação da vaidade daqueles que detêm a responsabilidade de julgar. Há que se buscar, conforme exorta Germana de Oliveira Moraes, a humanização da função de julgadora.<sup>85</sup>

### **3.3 Alguns exemplos da jurisprudência brasileira sobre o controle jurisdicional de políticas públicas**

Na intenção de fornecer um pouco de concretude a esta exposição, mostra-se conveniente a menção a alguns julgados que envolvem a interferência do Poder Judiciário na condução de políticas públicas. O primeiro exemplo refere-se à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no agravo regimental em recurso extraordinário n.º 271.286-

---

<sup>84</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. p. 60.

<sup>85</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. p. 189.

RS, cujo relator, o Ministro Celso de Mello, votou no sentido da vinculação de todas as esferas de governo ao cumprimento das diretrizes constitucionais voltadas à proteção da saúde, bem fundamental e intimamente associado ao próprio direito à vida. A partir dessa premissa, a Corte superior decidiu pela obrigatoriedade de o Poder Público fornecer, gratuitamente, medicamentos às pessoas carentes portadoras do vírus HIV, confira-se a ementa:

**E M E N T A:** PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o

cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.** - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.<sup>86</sup>

Nessa decisão, transparece o reconhecimento da vinculação por parte do Poder Público ao dever de criar condições necessárias à satisfação dos direitos fundamentais, refutando-se, de forma evidente, o mero caráter programático das normas das normas que os consagram. Isso não significa que os fundamentos do acórdão neguem a existência de normas programáticas no texto constitucional, ao contrário, reconhece-se a existência da categoria, porém rejeita-se a concepção que vê em tais preceitos meras promessas sem um mínimo de normatividade. Da decisão extrai-se que o direito público subjetivo à saúde confere aos indivíduos posições jurídicas indisponíveis, intrinsecamente ligadas ao direito à vida e, num plano objetivo, impõe ao Poder Público o dever de zelar pela integridade desse bem constitucionalmente tutelado através da execução de políticas sociais e econômicas, voltadas a assegurar, para a generalidade das pessoas, o acesso à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O relator afirma que a fundamentalidade do direito à saúde não se satisfaz apenas com a sua positivação nas Cartas constitucionais. Além da sua previsão normativa, devem existir meios aptos a assegurá-lo no plano concreto. O controle jurisdicional das políticas governamentais nesse âmbito é um dos caminhos para sua efetivação. Para isso, o cidadão deve dispor, individual ou coletivamente, de garantias instrumentais para deduzir suas

---

<sup>86</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n.º 210.

pretensões em face do Judiciário.

O segundo exemplo diz respeito a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em sede da apelação cível n.º 2002.71.05.008761-8, cuja relatora, a Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, entendeu cabível a imposição, ao Poder Público federal, da obrigação de manter em condições adequadas as rodovias federais, afirmando que a omissão nesse campo mostra-se inconstitucional por atentar contra os direitos fundamentais à vida e à segurança, cabendo ao Judiciário a determinação da implementação das políticas públicas necessárias e omitidas pela administração pública, veja-se a ementa:

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER CONSISTENTE NA REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS EMERGENCIAIS DE MANUTENÇÃO E RECUPERAÇÃO DA RODOVIA BR.**

Verifico, através das provas trazidas aos autos e por experiência própria, que o descaso do Poder Público para com a conservação das rodovias.

Constituindo-se em conduta inconstitucional, pois atentatória ao direito à vida. Veja-se que o direito à vida e à segurança são direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Federal.

A falta de previsão em lei orçamentária de verbas destinadas à manutenção das estradas em condições mínimas de conservação, além de representar norma irrazoável, configura medida legislativa inconstitucional pois, a meu sentir, é norma tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais citados acima. Incumbe ao órgão jurisdicional garantir que a Constituição seja cumprida.

E essa atribuição comporta uma dimensão negativa, declarar a inconstitucionalidade de atos contrários à Constituição, com sua eficácia de afastar a aplicação daquela norma, ou uma concepção positiva, atuar determinando que se faça, que se cumpram os mandamentos constitucionais, sob pena da cominação de penalidades e responsabilidade funcional. O Poder Judiciário não vai dizer à Administração Pública o que deve ser feito. Isso a Constituição já fez. O papel do Poder Judiciário está em exigir que sejam implementadas as políticas públicas.

Quanto a ordem deferida no sentido de determinar sejam realizadas obras de manutenção em períodos trimestrais, penso que a decisão merece reforma porquanto, consoante acima demonstrado, somente diante do não fazer, ou seja, da omissão, é que será legítima a intervenção jurisdicional na esfera administrativa. Não pode o Poder Judiciário presumir que a manutenção não será efetuada e nem sequer avaliar se o prazo fixado é adequado para a realização das obras e vistorias.<sup>87</sup>

A decisão acima transcrita funda-se na intangibilidade dos direitos e garantias fundamentais. A partir dessa concepção, o Poder Judiciário estaria legitimado a exigir a efetivação de políticas públicas tendo em vista a inconstitucionalidade da inércia administrativa. De acordo com a compreensão da relatora, todos os juízes são investidos da jurisdição constitucional, o que lhes possibilita aplicar a Constituição independentemente de intermediação legislativa, nesse caso, fazendo uma fiscalização positiva, determinando aos órgãos públicos que cumpram as normas constitucionais; ao contrário do controle negativo, que impõe ao Judiciário o dever de declarar inválidas as normas que contrariem a Constituição. Como instrumentos aptos a tais objetivos, a relatora cita as ações coletivas, a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, dentre outros, reconhecendo assim, no caso, a adequação da via eleita.

Como terceiro exemplo, cita-se a decisão prolatada pelo Superior tribunal de Justiça nos autos de recurso especial n.º 194732/SP, cujo relator, o Ministro José Delgado, votou pelo reconhecimento da pretensão deduzida em ação civil pública, movida pelo Ministério Público de São Paulo, no sentido de compelir o Município a empreender ações efetivas para regularizar loteamentos clandestinos. Nesse caso, o Tribunal repeliu a alegação de interferência indevida em aspectos de competência discricionária, confira-se a ementa:

---

<sup>87</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação cível n.º 2002.71.05.008761-8. Porto Alegre. Terceira Turma. Rel. Vânia Hack de Almeida. Julg. 26/06/2006.

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. PARCELAMENTO DE SOLO. MUNICÍPIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.

1. O Município, em se tratando de Ação Civil Pública para obrigar o proprietário de imóvel a regularizar parcelamento do solo, em face do modo clandestino como o mesmo ocorreu, sem ter sido repellido pela fiscalização municipal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da demanda.
2. O Município tem o poder-dever de agir para que loteamento urbano irregular passe a atender o regulamento específico para a sua constituição.
3. O exercício dessa atividade é vinculado.
4. Recurso provido para que o Município, conforme chamamento feito na inicial pelo Ministério Público, autor da ação, figure no pólo passivo da demanda.<sup>88</sup>

O aspecto mais importante a ser destacado nesse julgado é o afastamento do âmbito da discricionariedade administrativa daqueles deveres impostos pela Constituição aos entes estatais. No caso em tela, o relator parte do preceito estatuído no artigo 30, inciso VIII, da CRFB/88 que dispõe competir aos Municípios *“promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, para concluir que o Município tem o poder-dever de impedir parcelamentos do solo sem o seu licenciamento e de agir, em caso de parcelamento clandestino, para que seja feita a regularização, cabendo, diante da sua inação, a revisão jurisdicional da conduta dos administradores responsáveis.*

Outros tantos mais exemplos poderiam ser acrescentados, todavia fica-se apenas com esses tendo em vista a extensão e os objetivos desse trabalho. A intenção desse tópico era tão somente ilustrar com casos concretos as questões abordadas no decorrer da exposição.

---

<sup>88</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 194732/SP. Brasília. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgado. Julg. 23/02/1999.



#### 4 CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho procurou-se demonstrar as concepções teóricas referentes ao controle jurisdicional de políticas públicas através de ações coletivas, mais especificamente, da ação civil pública, que se constitui em um dos principais instrumentos para a tutela dos direitos transindividuais no direito brasileiro.

A razão de se ter escolhido as questões atinentes à tutela desses direitos como ponto de partida deve-se à afinidade existente entre as políticas públicas e os interesses coletivos *lato sensu*, que comumente, envolvem direitos fundamentais carentes de prestações positivas por parte do Estado.

Pôde-se constatar ao longo do desenvolvimento, que a preocupação com a efetiva proteção aos interesses transindividuais surgiu como efeito de profundas transformações ocorridas na estrutura da sociedade e que a experiência judiciária tem demonstrado uma série de vantagens oriundas da tutela jurisdicional coletiva.

O ordenamento jurídico brasileiro conta atualmente, graças à simbiose existente entre a parte processual do Código de Defesa do Consumidor e a Lei da ação civil pública, além de uma série de leis voltadas para temas específicos relacionados aos interesses coletivos *lato sensu*, com um sistema de técnicas processuais apto a tutelar adequadamente as diversas espécies de interesses transindividuais.

As dificuldades que são sentidas nesse campo podem ser atribuídas às tentativas de desagregação dos instrumentos de tutela processual coletiva, levadas a cabo principalmente pelo Poder Executivo, através de medidas provisórias. Além disso, há ainda por parte do próprio judiciário certa resistência para aplicação adequada dos mecanismos processuais de natureza coletiva.

A ação civil pública, em razão da diversidade de tutelas que está apta a conduzir, vem sendo utilizada para a imposição de obrigações de fazer e não fazer contra o poder público. Em face do reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, esse instrumento processual tem sido

utilizado para a interferência jurisdicional na implementação de políticas públicas.

A doutrina e a jurisprudência menos conservadora, têm procurado definir os reais contornos dos argumentos contrários a sindicabilidade judicial das políticas públicas, sendo por isso, revisitados certos temas bastante presentes no direito público, como é o caso da possível ausência de legitimação democrática do Poder Judiciário, da margem de discricionariedade reservada à administração pública e da objeção da “reserva do possível”.

No que concerne a possível ausência de legitimidade democrática por parte dos juízes para fiscalizarem a adequação das políticas públicas, procurou-se evidenciar que o modo tradicional de legitimação nas democracias formais: o voto, não assegura por si só a adequada representação política dos reais interesses públicos. Além disso, buscou-se demonstrar a aptidão das ações coletivas, como a ação civil pública, para servirem como instrumentos de democracia direta, viabilizando a participação popular na gestão dos interesses transindividuais.

Ainda sobre esse aspecto, verificou-se que a legitimação das decisões judiciais decorre do procedimento em que são tomadas. Em razão da observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, dentre outras garantias, a decisão judicial não se configura como arbitrária.

Quanto à questão da discricionariedade da administração, pôde-se perceber que suas margens são bem mais estreitas do que se costuma afirmar. Os valores do Estado Democrático de Direito não condicionam mais a atuação estatal apenas ao cânone da legalidade; mas sujeitam-na a um contraste amplo em face de todo o arcabouço de princípios constitucionais relacionados à função administrativa.

A objeção da “reserva do possível”, conforme visto, também não pode servir como justificativa inquestionável para a não efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas necessárias. O argumento deverá ser comprovado ao longo da instrução das possíveis ações coletivas propostas contra a esfera de poder competente. Não obstante, ainda que comprovada a insuficiência de recursos para o atendimento pleno das carências, o Judiciário poderá determinar a satisfação parcial, segundo as prioridades

evidenciadas no caso concreto.

Finalmente, verificou-se que a realidade do controle jurisdicional de políticas públicas por intermédio de ações coletivas, impõe a necessidade de se buscar novas compreensões para a teoria da separação de poderes, que não pode mais ser tomada como um fim em si mesma, mas como um meio de estruturação de funções estatais direcionadas para assegurar a concretização dos direitos fundamentais, verdadeiros núcleos dos ordenamentos jurídicos democráticos.

Os temas aqui abordados não comportam conclusões unívocas. Os argumentos antes lançados representam tão somente uma aproximação ainda imatura com esse universo. As ações coletivas, com destaque para a ação civil pública, desde que bem manejadas e desde que encontrem juízes comprometidos com a consolidação de uma democracia concreta, podem oferecer muito à sociedade brasileira, ainda tão distante do ideal constitucional de ser efetivamente *livre, justa e solidária*.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controvertidos da ação civil pública: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001

ALONSO JR, Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais*. In: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 207-219, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. In: *Processo Civil Coletivo*. Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Editora: Quartier Latim, p. 506-521, 2005.

\_\_\_\_\_. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

\_\_\_\_\_. MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*. In: RePro, n. 39. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, p. 55-77, 1985.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil*. Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. In: RePro n. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1977.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. Org. Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Malheiros, p. 244-260, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: Revista de Informação Legislativa – v. 35, n.º 138. Brasília: abril/maio 1998.

DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas: 2005.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. São Paulo: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Poder Judiciário na Constituição de 88: judicialização da política e politização da justiça*. In: Revista de Direito Administrativo v. 1. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-17, 1991.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *A ação civil pública e o princípio da separação de poderes: estudo analítico de suas possibilidades e limites*. In: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 471-485, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 17-32, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A ação civil pública refém do autoritarismo*. Repro, n. 96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 28-36, 1999.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores – Lei 7347/85 e legislação complementar*. 9º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas*

*políticas públicas. In: Ação civil pública: Lei 7347/85 – 15 anos. Coord. Édis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 707-752, 2001.*

\_\_\_\_\_. *Jurisdição coletiva e coisa julgada – teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.*

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.*

\_\_\_\_\_. *Tutela inibitória: individual e coletiva. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.*

\_\_\_\_\_. *Tutela específica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.*

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.*

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo. 12º ed. São Paulo: Malheiros, 2000.*

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional. 2º ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.*

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.*

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2004.*

PALU, Luiz Oswaldo. *Controle dos atos de governo pela jurisdição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.*

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.*

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.*

STRECK, Lênio Luiz. *Teoria da constituição e jurisdição constitucional. In: Cadernos de direito constitucional. Porto Alegre: Emagis, 2006.*

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública. 4º ed. São Paulo: Atlas, 1999.*

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.